Die Bestrafung der Hehlerei unter besonderer Berücksichtigung der Ersatzhehlerei

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der Eberhard-Karls-Universität

zu Tübingen

vorgelegt von

GERHARD WILLE

aus Schwäbisch Gmünd

1938

Buchdruckerei Albert Becht, Tübingen, Hirschgasse 16

Obmann: Professor Dr. Eisser

Die Arbeit ist von dem verstorbenen Professor Dr. Hegler angeregt worden

1. Berichterstatter: Dozent Dr. Bockelmann
2. Berichterstatter: Professor Dr. Kern

Tag der mündlichen Prüfung: 3. Mai 1938

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Schrifttumsverzeichnis	4
Einleitung	7
1. Teil: Der Hehler als Rechtsbrecher	7
2. Teil: Das geltende deutsche Recht, §§ 259—262 RStGB	12
1. Abschnitt: Das Wesen der Hehlerei	12
§ 1: Der Streit der Meinungen	12
§ 2: Die herrschende Lehre	15
§ 3: Die Forderungen der Kriminalpolitik als Ausgangspunkt für die Bestimmung des Wesens der Hehlerei. Eine Vorbemerkung de lege ferenda	17
2. Abschnitt: „Hehlerei" — Tatbestände des geltenden Rechtes außerhalb der §§ 259 ff. StGB	19
3. Abschnitt: Der Tatbestand des § 259 StGB	20
1. Kapitel: Der objektive Tatbestand	20
§ 1: Die Vortat	20
§ 2: Sachen im Sinne des § 259 StGB	33
§ 3: Hehlereihandlungen	35
2. Kapitel: Der subjektive Tatbestand	50
§ 1: Die Schuldform	50
§ 2: Das subjektive Schuldmoment: seines Vorteils wegen	57
4. Abschnitt: Qualifizierte Fälle der Hehlerei	62
§ 1: Die gewerbs- und gewohnheitsmäßige Hehlerei	62
§ 2: Die Rückfallhehlerei	65
5. Abschnitt: Die Strafdrohung. Nebenfolgen	66
6. Abschnitt: Konkurrenzfragen	67
§ 1: Zusammentreffen von Hehlerei und Vortat	67
§ 2: Zusammentreffen zwischen Hehlerei und anderen Delikten	70
3. Teil: Die Hehlerei in den Entwürfen	75
§ 1: Allgemeines. Übersicht	75
§ 2: Die einzelnen Entwürfe	78
§ 3: Kritische Würdigung der Entwürfe	87
§ 4: Der Hehlereitatbestand im kommenden nationalsozialistischen Strafgesetzbuche	91
4. Teil: Die Ersatzhehlerei	93
§ 1: Begriff und Wesen	93
§ 2: Der Streit der Meinungen	95
§ 3: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	99
§ 4: Kritik der herrschenden Lehre	102
§ 5. Die Ersatzhehlerei de lege ferenda	108

Schrifttums-Verzeichnis.

(Nach den in Klammern beigefügten Abkürzungen wird in der Arbeit zitiert.)

Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl., (Allfeld).

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (nebst Begründung), 1925.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. 2: Die Schuld nach dem Strafrecht, Bln. 1907, (v. Bar, 2).

Beling, Begünstigung und Hehlerei in „Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts", Bes. Teil, Bd. VII (H.).

— —, Die Lehre vom Verbrechen (V.).

Binding, Die Normen und ihre Uebertretung, 2. Bd. (N. II).

— —, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Bes. Teil, I. Bd. (Lb.).

v. Buri, Begünstigung und Hehlerei, GerS., Bd. 29 (v. Buri).

Denkschrift des preußischen Justizministers: Nat.Soz. Strafrecht (Denkschrift).

Eckstein, Die unbefugte Veräußerung fremder Gegenstände: Goltd.Arch. Bd. 59 (Eckstein).

Engelhard, Fußnote zu einer Reichsgerichtsentscheidung in JW 1930, S. 265.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (E).

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, nebst Begründung, 1927.

Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs, nebst Denkschrift, 1919,

Entwurf eines Strafgesetzbuches der Strafrechtskommission, 1913.

v. Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, herausgegeben von Mittermaier, 14. Aufl., Gießen 1847 (Feuerbach).

A. Frank, Der subjektive Tatbestand des Delikts der Sachhehlerei, Strafrechtl. Abhandlungen, Breslau 1899 (A. Frank).

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931 (Frank).

Frankfurter, Wann ist eine Sache mittels einer strafbaren Handlung erlangt?, Diss. Erlangen 1898 (Frankfurter).

Freisler, Aufbau und Aufgabe des besonderen Teiles, Gestaltung seiner Tatbestände, bei Gürtner, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, Bes. Teil, 2. Aufl., 1936 (Freisler).

Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches (nebst Begründung), aufgestellt von Kahl, Lilienthal, von Liszt, Goldschmidt, Bln. 1911.

Gretener, Begünstigung und Hehlerei in historisch-dogmatischer Darstellung 1879 (Gretener).

Gudewill, Das Delikt der Partiererei, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 109 (Gudewill).

Hälschner, Das gemeine Deutsche Strafrecht, 1887, 2. Bd., 2. Abtlg. (Hälschner).

Heck, Eine authentische Interpretation des § 259 StGB, DJZ 1925, 425.

Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW. 36, S. 19 ff. (M.).
— —, Die strafrechtliche Behandlung der Abtreibung in „§ 218, eine sachliche Aussprache".
— —, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente, Festgabe für Frank, Bd. 1, S. 251 ff. (Rechtswidrigkeitsmomente).
— —, Die Systematik der Vermögensdelikte, Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 9, 10 (Systematik).
— —, Fußnoten zu Reichsgerichtsentscheidungen in JW. 1924, S. 193; 1925, S. 976/77.
Heimberger, Teilnahme am Verbrechen in Literatur und Gesetzgebung von Schwarzenberg bis Feuerbach, 1896 (Heimberger).
v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, Bln. 1925 (v. Hippel).
His, Geschichte des deutschen Strafrechtes bis zur Carolina, 1928 (His).
Köhler, Begünstigung und Hehlerei, GerS. Bd. 61 (Köhler).
Kohlrausch, Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen des deutschen Reichstagsausschusse und der deutschen und österreichischen Strafrechtskonferenzen, 1930 (Entwurf).
— —, Vermögensverbrechen und Eigentumsverbrechen, bei Gürtner, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, Bes. Teil, 2. Aufl., 1936 (Kohlrausch).
— —, Strafgesetzbuch, 32. Aufl., 1936 (STGB).
Leipziger Kommentar, Reichsstrafgesetzbuch, v. Ebermayer, Lobe und Rosenberg, 4. Aufl., 1929 (Ebermayer).
v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927 (v. Liszt).
Löning, Grundrisse zu den Vorlesungen über deutsches Strafrecht, 1885 (Löning).
Merkel, Begünstigung und Hehlerei, in Holtzendorffs Handbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 3, 4 (Merkel).
Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GerS, Bd. 89, S. 207 ff. (Mezger).
Olshausen-Gutjahr, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 16. Aufl., 1927 (Olshausen).
Rilk, Fußnote zu einer Reichsgerichtsentscheidung in JW. 1936, S. 730 ff.
Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1879 (Rubo).
Schäfer und Dohnanyi, Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931—1935, Nachtrag zu Frank, 1936 (Frank, Nachtrag).
Schlösser, Die Hehlerei nach geltendem deutschem Strafrecht und in den Entwürfen zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch, Tübinger Dissertationen. 1932 (Schlösser).
Schlüter, Hehlerei und Erwerb verdächtiger Sachen im künftigen Strafrecht, ZStW, Bd. 54, S. 436 ff. (Schlüter).
Schröder-v. Künßberg, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl., 1932 (Schröder).
Schwarz, Strafgesetzbuch, 3. und 4. Aufl., 1935, 1936 (Schwarz).
v. Schwarze, Begünstigung und Hehlerei, GerS. Bd. 24, S. 368 ff.
Statistiken des Deutschen Reiches. Neue Folge. Kriminalstatistik (Statistik).
Thierfelder, Normativ und Wert, Tübingen 1934 (N.).
— —, Objektiv gefaßte Schuldmerkmale, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 308 (Schuldmerkmale).

Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch (nebst Begründung), 1909.
Waag, Kennen, Meinen und Wissen, GerS. Bd. 34 (Waag).
Wedell, Der Tatbestand der Sachenhehlerei nach § 259 STGB, Diss. Greifswald, 1900.
Wilda, Das Strafrecht der Germanen, 1842 (Wilda).
Wolff, Bei Enneccerus, Sachenrecht, 9. Bearbeitung, 1932 (Wolff).
ZStW, Bd. 5, S. 423 ff., Die Verbrecherwelt von Berlin, Verfasser ungenannt.

Abkürzungen.

A. a. O. = Am angegebenen Orte.
A. M. = Anderer Meinung.
BGB = Bürgerliches Gesetzbuch.
DJZ = Deutsche Juristenzeitung (Angabe des Erscheinungsjahres).
DJ = Deutsche Justiz.
DSTR = Deutsches Strafrecht.
E = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
EGSTGB = Einführungsgesetz zum Reichsstrafgesetzbuch.
Entw. = Entwurf.
GerS. = Gerichtssaal.
Goltd.Arch. = Goltdammers Archiv für Strafrecht.
HRR = Höchstrichterliche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Strafrechts.
JW = Juristische Wochenschrift (Angabe des Erscheinungsjahres).
LZ = Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
R = Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.
RAGab.O. = Reichsabgabenordnung.
Recht = Das Recht, herausgegeben von Soergel.
RG = Reichsgericht.
RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RMG = Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
STGB = Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
STPO = Strafprozeßordnung.
STRZ = Allgemeine Deutsche Strafrechtszeitung.
U. E. = Unseres Erachtens.
ZStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

(Paragraphen ohne Anfügung des Gesetztitels sind solche des Strafgesetzbuches.)

Einleitung

Wir betrachten es als unsere Aufgabe, mit der vorliegenden Arbeit die Entwicklung eines Gesetzestatbestandes im Laufe der Zeiten zu verfolgen, der in der Verbrechensbekämpfung einen gewiß nicht nebensächlichen Rang einnimmt, und zu versuchen, gerade im Hinblick auf die Forderungen des Kriminalpolitikers, die Anwendung, die der § 259 des RSTGB in den 60 Jahren seiner Geltung erfahren hat, einer kritischen Würdigung zu unterziehen und, hierauf fußend, gleichzeitig das Gericht des kommenden Hehlereitatbestandes zu zeichnen. Dabei würde es über den Rahmen der Arbeit hinausgehen, eine ausführliche rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Darstellung der Hehlerei zu geben. Soweit rechtsgeschichtliche Begriffe für das Verständnis des geltenden und kommenden Rechtes von Bedeutung sind, wird auf sie bei der Erörterung der betreffenden Fragen kurz eingegangen.

Desgleichen würde es außerhalb des Rahmens dieser Arbeit liegen, auf dem soeben aufgezeigten Wege auch die Personenhehlerei des § 258 STGB einer eingehenden Betrachtung zu unterziehen. Auf sie wird nur insoweit eingegangen, als dies im Hinblick auf die geschichtliche Entwicklung der Sachhehlerei, sowie zur Durchführung einer scharfen Trennung der Sachhehlerei von der Begünstigung des § 257 STGB erforderlich ist[1]).

1. Teil.

Der Hehler als Rechtsbrecher.

Wir unterscheiden zwei Typen von Rechtsbrechern, zwei Tätertypen. Den einen bezeichnen wir als Gelegenheitsverbrecher. Thierfelder[2]) nennt ihn einen „Uebertreter". Das Wesen dieses Typs kennzeichnet Thierfelder treffend folgendermaßen: Der Gelegenheitsverbrecher ist „Gliedpersönlichkeit seines Volkes. Er

1) Vgl. S. 89.
2) N., S. 139 ff.

ist als solcher nicht gefährlich, die Volksgemeinschaft befindet sich infolgedessen im Verhältnis zu ihm nicht in einer Kampfstellung. Das Strafgesetz hat für ihn eine doppelte Bedeutung. Es bewertet einmal sein Verhalten und richtet gleichzeitig an ihn als Glied der Rechtsgemeinschaft die verpflichtende Norm, sich rechtsgemäß zu determinieren." Wir bestrafen ihn für das, was er getan hat. Als Rechtsbrecher trifft ihn der Vorwurf: Du hast das dich verpflichtende Gesetz übertreten, obwohl du als Glied deines Volkes die Möglichkeit gehabt hättest, dich zum Gehorsam gegen die Norm zu bestimmen.

Ganz anders der Gewohnheits- oder Zustandsverbrecher. Der Volksgemeinschaft steht er in Kampfstellung gegenüber. Ihm fehlt die Fähigkeit zu normgemäßer Determinierung, das Strafgesetz hat für ihn nur die Bedeutung einer bewertenden Norm. Er wird bestraft für das, was er ist.

Die Kriminalstatistik lehrt uns sodann, daß es vorwiegend die Delikte gegen das Interesse des Staates an der Sphäre des einzelnen, speziell seiner Vermögenssphäre [3]) sind, die die kriminalpolitische Berechtigung dieser Unterscheidung dartun.

Die modernen Strafgesetzbücher tragen dieser Tatsache Rechnung. Bei den Deliksgruppen, in denen erfahrungsgemäß der Gewohnheitsverbrecher, der asoziale Volksschädling beheimatet ist, finden wir die Möglichkeit einer Strafschärfung wegen Rückfalls, Gewohnheits-, Geschäfts- und Gewerbsmäßigkeit der Deliktsbegehung, sowie der Verhängung von sichernden Maßnahmen im Sinne der §§ 42 a ff.

Zu der genannten Deliktsgruppe gehört auch die Sachhehlerei. Zwei Hehlertypen stehen vor unseren Strafgerichten. Auf der einen Seite finden wir den Gelegenheitshehler. Er begeht einmal eine Hehlerei [4]), er unterliegt der Versuchung, eine gestohlene Sache zu billigem Preise zu erwerben. Auf der anderen Seite steht der eigentliche Hehler, der „Zuhälter" der Diebe, ein Verbrechertyp, der so alt ist, wie die Strafrechtsgeschichte, und von dem das Rechtssprichwort gilt: Der Hehler ist so gut wie der Stehler. Die Bekämpfung dieses Schädlings hat der

3) Vgl. hiezu Hegler, M., S. 30, vgl. auch S. 15/16,

4) Kohlrausch, S. 500 ff.

Kriminalistik von jeher große Schwierigkeiten bereitet. Es handelt sich hauptsächlich um raffiniert organisierte Banden. Eine aufschlußreiche, auch rassenkundlich interessante Schilderung über ihr Treiben findet sich in ZStW Bd. 5, S. 423 ff. Eine aus dem Osten in den 80er Jahren des vorigen Jahrhunderts eingewanderte, jüdische Verbrecherbande gründete in deutschen Großstädten regelrechte Verbrecherkolonien. Ihr Hauptaugenmerk war auf eine schnelle Verwertung des gestohlenen Gutes gerichtet und mit erstaunlicher Geschicklichkeit ist ihnen dies auch gelungen. Es soll vorgekommen sein, daß das gestohlene Gut noch am Tage des Diebstahls 5- bis 6mal den Besitzer wechselte. Der Verfasser kommt zu dem Ergebnis, daß der Hehler schlechter als der Stehler und gemeingefährlicher als der Dieb sei [5]).

Dem Zwecke, die Verfolgung des Hehlers zu erleichtern, hat auch unser geltendes Strafverfolgungsrecht durch § 102 STPO, wonach die Durchsuchung der Wohnung eines Hehlers, sowie seiner Person auch dann zulässig ist, wenn zu vermuten ist, daß die Durchsuchung zur Auffindung von Beweismitteln führen wird, Rechnung getragen und damit seinen Grundsatz der möglichst geringen Freiheitsbeschränkung des Staatsbürgers durch die Organe der Strafverfolgung eingeschränkt.

Der Vervollständigung des Bildes, das wir uns von der Gefährlichkeit des Hehlers gemacht haben, soll ein Blick in die Kriminalstatistik der letzten 50 Jahre dienen.

Die Verurteilungen wegen Hehlerei nach den §§ 258—261 [6]) STGB betrugen im Reichsdurchschnitt der Jahre [7]).

1882—91 7 528 Personen

Die folgenden Jahre bringen eine stetige Steigerung

1913 10 072 Personen

5) Vgl. auch den E 67, 431/34 zugrunde liegenden Sachverhalt.

6) In der Statistik sind die Verurteilungen nach § 258 STGB meist mit aufgeführt. Streng genommen gehören sie nicht zur statistischen Erfassung der Sachhehlerei, vgl. S. 89. Ihre Zahl ist jedoch so gering, daß sie nicht geeignet ist, das Gesamtbild zu verwischen. So stehen im Jahre 1902 7667 Verurteilungen nach § 259 STGB nur 270 von solchen nach § 258 STGB gegenüber.

7) Die Zahlen sind entnommen a) den Statistiken des Deutschen Reiches, b) der Anlage II zum Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches von 1927, S. 28 ff., c) Beling (H.), S. 93/94.

Die letzten Kriegsjahre und die Inflationszeit bringen ein sprunghaftes Anwachsen auf das rund 6fache:

1917	14 512 Personen
1919	21 810 Personen
1921	42 104 Personen
1923	66 254 Personen.

Die Stabilisierung der Mark dämmt die Flut der Eigentumsdelikte und damit die Zahlen wieder auf das Normale zurück:

1925	18 164	Personen
1927 (nur § 295 betr.)	10 246[8])	„
1933	10 310[8])	„

Erstaunlich gering ist im Verhältnis hiezu die Zahl der Verurteilungen wegen Kollektiv- und Rückfallhehlerei im Sinne der §§ 260, 61.

Jahr	§ 259	§ 260	§ 261	Verhältniszahl 260 : 259	261 : 250
1902	7 667 P.	227	32	1 : 34	1 : 240
1905	7 075	163	35	1 : 44	1 : 200
1927	10 246	162	95	1 : 63	1 : 108
1933	10 310	189	160	1 : 54	1 : 65

Ein auf kriminalistischer Grundlage gezogener Vergleich mit dem häufigsten der Delikte wieder die Interessen des Staates an der Vermögenssphäre des einzelnen, dem Diebstahl, scheint unsere Ausführungen zu widerlegen:

Jahr	§ 259	§ 260	§ 261	§ 242	§ 244
1894[9])	10 117 P.	358	48	90 175	16 778
1909	10 335	203	73	93 197	20 104
1927	10 246	162	95	64 025	10 416
1933	10 310	189	160	64 661	10 669

Daraus ergeben sich vergleichsmäßig folgende Verhältniszahlen:

Jahr	§ 260 : 259	§ 261 : 259	§ 244 : 242	259-61:242/44
1894	1/30	1/210	1/5	rd. 1/7
1909	1/50	1/140	rd. 1/5	rd. 1/10
1927	1/63	1/108	rd. 1/6	rd. 1/7
1933	1/54	1/65	rd. 1/6	rd. 1/7

8) Statistik, Bd. 370, 478.
9) Statistik, Bd. 83.

Ein oberflächlicher Betrachter würde aus der Tatsache, daß das Hehlerkontingent durchschnittlich nur den 7. bis 10. Teil von dem der Diebe stellt, daß außerdem die Kollektiv- und Rückfallhehlerei im Gegensatz zum Diebstahl gegenüber ihrem Grundtatbestande fast gar nicht ins Gewicht fällt, vielmehr die Zahl der „Uebertreter" die der Gewohnheitsverbrecher bei weitem übersteigt, folgern, daß der Hehler nur einen Volksschädling zweiten Ranges darstellt. Hiebei würde außer Acht gelassen, daß die Kriminalistik nicht in der Lage ist, uns ein vollkommenes Bild von der Gefährlichkeit eines Tätertyps zu geben. Sie rechnet nur mit Erfolgen in der Verbrechensbekämpfung, mit Verurteilungen, und bleibt daher an der Oberfläche haften. Ueber die Zahl der im Hinblick auf §§ 259/61 strafrechtlich erheblichen Vorgänge, die Zahl der tatsächlich begangenen Hehlereien kann sie uns keine Auskunft geben. Am sinnfälligsten treffen wir auf diese Unterscheidung bei dem Vergehen der Abtreibung. Erfahrungsgemäß gelangt nur ein kleiner Bruchteil[10]) sämtlicher, widerrechtlich durchgeführter Abtreibungen zur Aburteilung. Es ist insbesondere auch zu berücksichtigen, daß auf einen Hehler viele Diebe kommen. Ein Hehler ist ebenso gefährlich, wie die Gesamtzahl der Diebe, welche er beschäftigt.

Bei der Sachhehlerei fehlt uns daher ein genauer Maßstab. Wir haben jedoch Grund, anzunehmen, daß angesichts der Beweisschwierigkeiten, die Hehlerprozesse vielfach mit sich bringen, ferner im Hinblick auf die Raffinesse, mit der der erfahrene Hehler sich der Verfolgung zu entziehen vermag, die Zahl der tatsächlich begangenen Hehlereien die der Verurteilungen um ein Vielfaches übersteigt.

10) Vgl. hiezu Hegler, Die strafrechtliche Behandlung der Abtreibung in „§ 218, eine sachliche Aussprache", S. 162.

2. Teil.

1. Abschnitt.

Das geltende Strafrecht, §§ 259—262 RStGB.

Das Wesen der Hehlerei.

§ 1. Der Streit der Meinungen.

Die praktische Anwendung einer Strafvorschrift setzt Klarheit voraus über das Rechtsgut, dessen Schutz sie dient. Daher ist es erforderlich, auf den Streit der Meinungen einzugehen, der nach dem Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches über das Wesen der Hehlerei einsetzte. Er ist in höchstem Maße traditionsbelastet. Einem Teil des Schrifttums war es nicht möglich, sich von den Vorstellungen der gemeinrechtlichen Teilnahmelehre[1]) frei zu machen. Andere wiederum hielten an der so lieb gewordenen, weil geschichtlich[1]) überkommenen Einheit von Begünstigung und Sachhehlerei fest. So finden sich drei Gruppen von Ansichten:

1. Die Teilnahmetheorie.

Sie fußt auf der Lehre vom concursus ad delictum subsequens, wird insbesondere vertreten von Buri[2]). Er begründet seine Auffassung damit, daß jedes Verbrechen begrifflich in Entstehung und Fortdauer zerfalle, der Hehler setze die Rechtsverletzung des Vortäters fort und müsse daher als nachfolgender Teilnehmer be-

1) Von römisch-rechtlichen Auffassungen ausgehend, wonach der Hehler — receptator — mit dem Vortäter auf dieselbe Stufe der Strafbarkeit gestellt wurde, entwickelten die Postglossatoren die Lehre vom „concursus ad delictum subsequens". Darnach ist der Hehler ein nachfolgender Teilnehmer, vgl. Gretener, S. 5 ff., 26 ff.

Im römischen, wie im germanischen Rechte, auch in der Folgezeit waren Begünstigung und Hehlerei untrennbar verbunden. So umfaßte das crimen receptatorum neben der Sachhehlerei auch das Aufnehmen und Verhalten der Verbrecher, vgl. Gretener S. 6; für das germanische Recht, siehe His, S. 28, Wilda, S. 367. Das gemeine Recht steht völlig unter dem Einflusse der italienischen Lehre vom auxilium post maleficium, welches Hehlerei und Begünstigung umfaßte, vgl. Heimberger, S. 254 ff.

2) GerS. 29, S. 40 f.; v. Bar 2, S. 825, 833 ff., auf S. 388 führt er aus, die Konstruktion der Hehlerei als eines selbständigen Deliktes habe ungerechte Ergebnisse gezeitigt, die Rückkehr zum concursus ad delictum subsequens sei daher zu empfehlen. Demgemäß formt er auf S. 834 seinen Vorschlag de lege ferenda.

straft werden. In Wirklichkeit ist diese Lehre nichts anderen als eine Neuauflage des gemeinrechtlichen auxilium post delictum. Dennoch bringt uns v. Buri einen Schritt weiter, er erkennt, daß die Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustandes für das Handeln des Hehlers wesentlich ist.

Im ganzen jedoch muß seine Lehre als rückständig abgelehnt werden. Der Gesetzgeber des geltenden Rechtes hat sie längst verlassen. Er hat dies insbesondere dadurch zum Ausdruck gebracht, daß er die Sachhehlerei im besonderen Teile des Gesetzbuches geregelt und den Zusammenhang mit der Vortat weitgehend gelockert hat, insbesondere wurde die Strafdrohung verselbständigt. Auch fehlt ein dem § 257, Abs. 3 ähnlicher Rechtssatz.

Weiterhin muß der Ausgangspunkt von Buri, wonach jedes Verbrechen in Entstehung und Fortdauer zu zerlegen sei, abgelehnt werden. Mit Recht weist Gretener[3]) darauf hin, daß es Delikte gebe, die mit ihrer Entstehung abgeschlossen seien, so daß eine Fortdauer begrifflich ausgeschlossen sei. Der Mörder z. B. werde nur für die Vernichtung eines Menschenlebens, nicht etwa auch noch für deren Fortdauer bestraft.

2. Eine neuere Lehre[4]) anerkennt die Selbständigkeit der Hehlerei gegenüber der Haupttat an. Ihre Vertreter betrachten sie als einen Unterfall der Begünstigung, ohne sich jedoch über das Schutzobjekt einig zu sein. Wir wollen sie daher im folgenden als „Einheitstheorie" charakterisieren. Löning erblickt in ihr ein Delikt gegen die staatliche Strafgewalt, mit andern Worten gegen das Interesse des Staates an seinem Eigenbereich[5]). Nach Hälschner wendet sie sich gegen die Rechtspflege, also wiederum gegen das Interesse des Staates an seiner eigenen Sphäre. Nach ihm ist der Hehler ein sachlicher Begünstiger, der die sachliche Begünstigung dazu benützt, um sich einen Vorteil zu verschaffen. Damit leugnet er aber auch jede selbständige Bedeutung der Hehlerei gegenüber der Begünstigung, da die Mehrzahl der Fälle strafwürdiger Hehlerei durch §§ 257, 258 erfaßt werden können. § 259 erhält die Rolle eines Lückenbüßers für Uebertretungen als Vortaten.

3) S. 76, 97/98, 110.
4) Hälschner, S. 887 ff., Löning, S. 132/33.
5) Vgl. S. 15, 16.

Die Einheitstheorie wird mit guten Gründen heute überwiegend abgelehnt. Sie entbehrt der Grundlage im geltenden Recht, die deutlich genug zum Ausdruck bringt, daß die geschichtlich überkommene Einheit von Hehlerei und Begünstigung aufgegeben werden sollte. Zugunsten der Einheitstheorie spricht zwar der Umstand, daß Hehlerei und Begünstigung im 21. Abschnitt des Strafgesetzbuches gemeinsam geregelt wurden. Dieses rein äußere Zusammentreffen ist jedoch nicht geeignet, die Natur des durch § 259 geschützten Rechtsguts an das des § 257 zu binden, denn die Systematik des STGB ist keine Schutzobjektsystematik, wie in § 2 noch darzulegen sein wird.

Gegen die Einheitstheorie ist außerdem noch einzuwenden, daß die Sachhehlerei nicht notwendig mit Begünstigungsvorsatz begangen werden muß. Mit Recht sagt Gudewill [6]), daß Hehlerei noch begangen werden kann, wenn der Vortäter gestorben ist oder seine Strafe bereits verbüßt hat, in einem Zeitpunkte also, zu dem Begünstigung nicht mehr möglich ist. In vielen Fällen wird sogar der Hehlereivorsatz mit dem der Begünstigung nicht zusammentreffen, da dem Hehler die Person des Vortäters nicht bekannt ist.

3. An dieser Stelle soll noch kurz auf die Belingsche [7]) Lehre von der Nachtäterschaft eingegangen werden. Sie stellt eine Neubelebung des altgermanischen Rechtsgedankens dar, wonach das Handeln des Hahlters und das des Vortäters zu einer untrennbaren Handlung verschmelzen. Er befürwortet die Schaffung eines dem Teilnahmebegriff ähnlichen Schwesterbegriffs, der sogen. Nachhandlung. Es sind dies Handlungen, die in die Nachzone gewisser Vortaten fallen und deren Typus aufgeprägt erhalten. Diese Nachhandlungen verwirklichen mit der eigentlichen Tatbestandsverwirklichung zusammen den „weiteren Tatbestand". Als Tatbestände des STGB kommen in Frage §§ 257, 259, 370, Ziff. 3, 302, Abs. 3. Beling bricht sodann eine Lanze für den concursus post delictum subsequens und wirft gleichzeitig der herrschenden Lehre vor, sie sei in ihrer Ueberwindung der gemeinrechtlichen Lehre zu weit gegangen. Es sei zwar richtig, daß das, was post delictum stattfinde, nicht mehr Teilnahme sei. Damit dürfe man aber nicht gleich alles, was außerhalb der Teilnahme liege, typi-

6) S. 12.
7) V., S. 473 ff.

sieren. Die Auffassung der delicta sui generis habe aber den Nachteil, daß eine Generalklausel fehle. Alle strafwürdigen Handlungen könnten infolgedessen von der lex lata nicht erfaßt werden. Das zeige sich insbesondere bei der Surrogathehlerei. Andererseits bleibe sich die lex lata selbst nicht treu, wenn sie die Begünstigung als ein Beistandleisten bezeichne, § 257, Abs. 1, auch § 257, Abs. 3 stelle eine Halbheit dar. Zudem habe dem Gesetzgeber im Unterbewußtsein der Begriff der Nachtäterschaft vorgeschwebt, dies ergebe sich aus § 63 und STPO. § 57, Ziff. 3 (jetzt § 60, Ziff. 3).

Er schließt mit dem Ergebnis, einen Begriff der Nachtäterschaft zu schaffen, analog dem des Nachwuchers in § 302 c, der eine Bestrafung von Handlungen ermögliche, die ein rechtswidriges Festhalten tatbestandsmäßiger, rechtswidriger Zustände darstellen.

Die Belingsche Lehre ist de lege lata nicht verwertbar; Beling [8]) gibt selbst zu, daß die lex lata von der Nachtäterschaft weit entfernt sei.

Wir werden jedoch bei der Besprechung des kommenden Strafrechtes darauf zurückkommen [9]).

§ 2. Die herrschende Lehre.

Es ist das Verdienst Heglers [10]) vom Standpunkt einer teleologischen Rechtswissenschaft aus die Rechtsgutssystematik der lex lata, im besonderen der Vermögensdelikte, klar aufgezeigt zu haben.

Bei jedem Verbrechen handelt es sich um die Verletzung von Lebensinteressen, von Existenz- und Entwicklungsbedingungen der im Staate organisierten Gesellschaft. Diese Verletzungen gehen nach verschiedenen Richtungen. Er kommt hiebei zu folgender Gliederung: Sie zerfallen in solche

a) gegen das Interesse des Staats an seiner eigenen Sphäre, Beispiele: Hoch- und Landesverrat, Rechtspflegedelikte usw.,

b) gegen das Interesse des Staates an der Unversehrtheit des gesellschaftlichen Zusammenlebens, Beispiele: Münz- und Urkundsdelikte,

8) S. 475.
9) Vgl. S. 78.
10) M., S. 19 ff., S. 30.

c) gegen das Interesse des Staates an der Einzelsphäre, insbesondere die Delikte gegen Leib, Eigentum und Vermögen des Einzelnen.

Bei den Vermögensdelikten[11]) wiederum gliedert er nach Art des verletzenden Angriffs in

1. Vermögensentziehungsdelikte, Typus: Sachbeschädigung.
2. Vermögensverschiebungsdelikte, Typus: Unterschlagung.

Letztere zerfallen in solche, die mit Willen des Verletzten bzw. seines Vertreters begangen werden, Beispiel: Betrug, und solche, die gegen den Willen des Verletzten begangen werden, Beispiele: Diebstahl, Raub, Unterschlagung.

Betrachten wir unter diesem Gesichtspunkte den Aufbau des geltenden Rechtes. Wir erkennen, daß ihre Verfasser nicht nach Rechtsgütern geordnet haben. Die Begünstigung z. B. als Delikt gegen das Interesse des Staates an seiner Eigensphäre findet sich bei den Vermögensdelikten. Unter den Begriff des „strafbaren Eigennutzes" fallen Delikte, die ganz verschiedenen Gruppen angehören, Beispiel: Pfandkehrung = gegen das Interesse des Staates an der Einzelsphäre gerichtet, gewerbsmäßiges Glückspiel = gegen das Staatsinteresse an der Gesellschaftssphäre.

Zurück zur Sachhehlerei! Die heute herrschende Lehre betrachtet sie als ein Delikt gegen das Interesse des Staates an der Einzelsphäre, ein Vermögensverschiebungsdelikt, das ohne den Willen des Verletzten begangen wird, denn die typischen Hehlerhandlungen bewirken noch eine weitere Beeinträchtigung der Vermögensrechte des Verletzten. Vertreter dieser Ansicht sind insbesondere:

Frank, I zu § 259; v. Hippel, S. 266; Binding Lb., S. 385, 389; Ebermayer, 1 zu § 259; Gretener, S. 108 ff.; v. Liszt-Schmidt, S. 698; Hegler, Systematik, Bd. 9, S. 389; Beling, H., S. 205, sowie das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung, vgl. E 4, 600; 6, 218; 52, 318; 54, 281/82; 55, 234.

Das Wesen der Hehlerei besteht nach ihnen in der „Perpetuierung, der verlängernden und befestigenden Aufrechterhaltung einer rechtswidrigen, durch strafbare Handlung geschaffenen Vermögensverschiebungslage"[12]). Eine besonders klare Formu-

11) Systematik, Bd. 9, S. 159 ff.
12) Hegler, Systematik, Bd. 9, S. 389.

lierung der herrschenden Auffassung enthält auch E. 54, 281/82: „Die Hehlerei erfordert, daß der Wille des Täters darauf gerichtet ist, den durch die Vortat herbeigeführten, rechtswidrigen Zustand aufrecht zu erhalten."

Eine ausdrückliche Klarstellung des Vermögensdeliktscharakters haben die Entwürfe vorgenommen:

Entwurf 1909, § 281: „um sich Gewinn zu verschaffen".
„ 1913, § 372: } „um sich einen Vermögensvorteil zu ver-
„ 1919, § 383: } schaffen".
„ 1925, § 316: } „durch strafbare Verletzung fremden Ver-
„ 1927, § 350: } mögens erlangt".

Es bedarf noch einer Abgrenzung der Sachhehlerei von der sachlichen Begünstigung. Während heute über das Wesen der persönlichen Begünstigung als eines Rechtspflegedelikts kaum noch Streit herrscht, bereitet die Einordnung der sachlichen Begünstigung des § 257 Schwierigkeiten. Richtiger Ansicht[13]) nach handelt es sich bei ihr ebenfalls um ein Rechtspflegedelikt. Entscheidend ist, daß der sachliche Begünstiger im Gegensatz zum Hehler nicht notwendig einen Vermögensvorteil erstrebt. Es kommt ihm nicht so sehr darauf an, einen rechtswidrigen Zustand aufrecht zu erhalten, als vielmehr, dem Vortäter die Vorteile seiner Tat zu sichern.

§ 3. Die Forderungen der Kriminalpolitik als Ausgangspunkt für die Bestimmung des Wesens der Hehlerei. Eine Vorbemerkung de lege ferenda.

Wenn wir das halbe Jahrhundert der Geltung des § 259 STGB überblicken, so können wir feststellen, daß Fragen aus seinem Geltungsbereich überaus häufig unser oberstes Gericht beschäftigt haben, ein Zeichen dafür, daß die Praxis bei ihren Subsumtionen auf Schwierigkeiten stieß, die nicht zuletzt daher rühren, daß versucht wurde, strafwürdige Fälle zu erfassen, die sich jedoch mit der lex lata schlechthin nicht erfassen lassen, wobei vorweggenommen werden soll, daß trotz der unglücklichen Behandlung, die die Hehlerei in der lex lata erfahren hat, die Wege, die die

13) So auch die wohl herrschende Lehre, z. B. Hegler, Systematik, Bd. 10, S. 159, v. Hippel, S. 327; E 54, 134.

herrschende Praxis ging, nicht notwendig zu diesem Ergebnisse führen mußten, zumindest nicht in diesem Ausmaße. Wir haben folgende Lebenstatbestände im Auge:

1. Die Fälle der Ersatzhehlerei in dem weiten Sinne, der dem 6. Teil der Arbeit zugrunde liegt,

2. die Fälle des Mitgenießens gestohlener Sachen [14]),

3. die Fälle, in denen durch eine nur objektiv rechtswidrige Vortat Sachen erlangt wurden [15]),

4. Fälle, in denen Sachen durch Vortaten erlangt wurden, die keine Vermögensverletzung darstellen [16]).

Wir können der herrschenden Lehre [17]) nicht den Vorwurf der Inkonsequenz ersparen. Wenn sie den Hehler deshalb bestraft, weil er den durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Zustand aufrecht erhält, so hätte sie zu einer Erfassung der Fälle unter 3. gelangen müssen. Auch ein Teil der Ersatzhehlereifälle läßt sich u. E. vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus treffen. Wir gehen jedoch mit Kohlrausch [18]) einig, wenn er der Ansicht ist, aus den Grundgedanken der „Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustandes" könne man niemals zur Erfassung der Mehrzahl der Ersatzhehlereitatbestände gelangen. Hierüber ist später noch zu handeln [19]).

Dennoch ist ihm darin beizupflichten, daß der Ausgangspunkt der herrschenden Lehre den Bedürfnissen einer erfolgreichen Verbrechensbekämpfung schwerlich gerecht wird. Die gesunde Volksanschauung findet die Strafwürdigkeit der Hehlereihandlung nicht so sehr in der Verletzung des Einzelvermögens, als vielmehr in dem Schmarotzerdasein, das der Berufshehler lebt. Er gibt sämtlichen Vermögensverbrechern, Dieben, Betrügern, Erpressern, Wucherern stets neuen Anreiz. Mit Recht wurde er der Zuhälter der Vermögensverbrecher genannt.

Unter diesem Gesichtspunkt erscheint eine Ausweitung des gesetzgeberischen Schutzobjekts der Hehlerei geboten. Die lex lata gibt zwar die Möglichkeit, die einzelne, vermögensverletzende

14) Vgl. S. 41/42.
15) Vgl. S. 21/23.
16) Vgl. S. 21.
17) Vgl. S. 21.
18) S. 499, 511.
19) Vgl. S. 93 ff.

Hehlertat zu erfassen, nicht aber die nur „indirekt“ wirkende Arbeit des Hehlers, der den Dieb schützt, aber auch ausbeutet. Die Theorie von der Teilnahme am Verbrechererlös ist daher kriminal-politisch berechtigt.

Von diesem Ausgangspunkt aus lassen sich besonders die unter 1—3 erwähnten Fälle mühelos erfassen.

2. Abschnitt.

„Hehlerei“-Tatbestände des geltenden Rechtes außerhalb der §§ 259 ff. STGB.

Es handelt sich hier vielfach um Tatbestände, die ihrem Wesen nach mit der Hehlerei nichts zu tun haben:

1. Die Personenhehlerei des § 258 STGB:

Sie liegt vor, wenn der Täter seines Vorteils wegen eine persönliche oder sachliche Begünstigung begeht, wobei der Begünstigte gewisse Vermögensverbrechen begangen haben muß.

Richtiger Ansicht [1]) nach handelt es sich um einen qualifizierten Fall der Begünstigung.

2. Ankauf von Montierungsstücken, § 370, Ziff. 3 STGB.

Auch dieses Delikt ist von der Sachhehlerei dem Wesen nach verschieden. Der Strafgrund liegt nicht etwa in der Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustandes, sondern in der Umgehung der Kontrolle der Kommandobehörde [2]). Der Tatbestand dieser Uebertretung ist erheblich weiter, als der des § 259, insbesondere braucht die „gehehlte“ Sache nicht durch eine strafbare Handlung erlangt zu sein.

3. Die Steuerhehlerei [3]).

Die Reichsabgabenordnung vom 13. Dezember 1919 enthält in § 368 einen allgemein gefaßten Tatbestand der Steuerhehlerei, nachdem zuvor mehrere Steuergesetze für ihren Bereich Hehlereitatbestände geschaffen hatten, z. B. § 25 des Weinsteuergesetzes vom 25. Juli 1918, § 60 des Tabaksteuergesetzes vom 12. September 1919 u. a.

Steuerhehlerei liegt vor, wenn jemand Gegenstände, von denen er weiß, oder den Umständen nach annehmen muß, daß Steuern

1) Frank, I. zu § 258; Ebermayer, 1 zu § 258; Olshausen, N. 2 zu § 258.

2) Richtig Beling, H., S. 88; vgl. auch Gudewill, S. 117, Binding, Lb., S. 394; vgl. S. 72.

3) V. Liszt, S. 704.

für sie hinterzogen sind, seines Vorteils wegen kauft oder sonst an sich bringt, verheimlicht, absetzt oder zu ihrem Absatz mitwirkt.

Im Unterschiede zur Sachhehlerei sind diese Gegenstände nicht durch eine strafbare Handlung erlangt. Die Bezeichnung „Steuerhehlerei" ist demnach irreführend.

4. Echte Hehlereitatbestände finden sich dagegen in § 19 des Gesetzes über den Verkehr mit unedlen Metallen vom 11. 6. 1923, jetzt § 18 des gleichnamigen Gesetzes vom 23. 7. 1926 (RGBl 1923, I, S. 366; 1926, I, S. 415) und des § 17 des Gesetzes über den Verkehr mit Edelmetallen, Edelsteinen und Perlen vom 11. 6. 1923, jetzt § 5 des Gesetzes in der Fassung vom 29. 6. 1926 (RGBl 1923, I, S. 369; 1926, I, S. 321).

Ein Bedürfnis zur Schaffung dieser Tatbestände entstand, als im Gefolge der Geldentwertung die Zahl der Metall- und Wertsachendiebstähle sprunghaft in die Höhe stieg.

Diese Gesetze stellen fahrlässige Hehlerhandlungen insoweit unter Strafe, als der Erwerb der genannten Sachen beim Betriebe des Handels oder eines Gewerbes erfolgt.

3. Abschnitt.

Der Tatbestand des § 259 RStGB.

1. Kapitel.

Der objektive Tatbestand.

§ 1. Die Vortat.

Vom Standpunkte der herrschenden Lehre aus, die die Sachhehlerei als ein Vermögensverschiebungsdelikt betrachtet, muß es sich bei dem die rechtswidrige Vermögenslage schaffenden Tun des Vortäters um eine nach Strafrecht strafbare Tat handeln. Gleichgültig ist hiebei, ob die verletzte Norm dem Reichsrecht oder dem Landesrecht [1]) angehört.

Da Disziplinar- und Ordnungsvorschriften keine materiellrechtlichen Normen darstellen, ist ihre Verletzung nicht geeignet, eine rechtswidrige Vermögenslage zu schaffen und ihre Tatbe-

1) E 52, 318.

bestände können daher nicht als Vortaten im Sinne des § 259 gelten.

Im Gegensatz zu § 257 ist der Kreis der Vortaten bei der Sachhehlerei nicht auf Verbrechen und Vergehen beschränkt, auch Uebertretungen[2]) kommen hiefür in Betracht, soweit sie Vermögensdelikte sind. Nach den Motiven, S. 128, erfolgte diese Ausdehnung aus kriminalpolitischen Erwägungen. Das eigenartige Ergebnis, daß im konkreten Falle der Hehler mit Gefängnis, der Vortäter nur mit Haft bestraft wird, wurde vom Gesetzgeber bewußt in Kauf genommen, ein markantes Beispiel für die Verselbständigung der Hehlerei gegenüber der Vortat. Häufig ist in der Praxis der Mundraub des § 370, Ziff. 5[3]) als Vortat anzutreffen.

Aus dem Wesen der Hehlerei als eines auf Fortdauer einer rechtswidrigen Vermögenslage gerichteten Delikts folgt weiter, daß als Vortaten solche Delikte auszuscheiden haben, zufolge deren Verwirklichung der Täter zwar Sachen erlangt, aber eben nicht unter Verletzung eines fremden Vermögensrechts[4]) [5]), so insbesondere bei folgenden Wohlfahrts- oder Polizeidelikten: § 361, Ziff. 4 (Bettel), § 361, Ziff. 6 a (Gewerbsunzucht), § 367, Ziff. 1 (Leichenentwendung), § 60 des Reichsjagdgesetzes (Jagen während der Schonzeit), ferner bei den §§ 331 ff. (Bestechung) usf. Inwieweit de lege ferenda in dieser Beziehung eine Aenderung anzustreben ist, wird an anderer Stelle zu erörtern sein.

1. Die Strafbarkeit der Vortat:

Die herrschende Lehre, im besonderen die Rechtsprechung des Reichsgerichts, muß in zweifacher Hinsicht der Vorwurf der mangelnden Folgerichtigkeit treffen.

a) Einmal kam sie auf dem Wege einer formalistischen, rein buchstabenmäßigen und den Zweckgedanken des § 259 außer Acht

2) Ebermayer, 2 d zu § 259. Frank, II, 1 zu § 259.

3) Zu berücksichtigen ist hier allerdings, daß eine Wegnahme zum ‚alsbaldigen Verbrauch" nicht vorliegt, wenn der Täter zur Zeit der Wegnahme eine entgeltliche Veräußerung an den Hehler beabsichtigt, vgl. hiezu Ebermayer V, 8 zu § 370 Z. 5.

4) E 6, 218 ff. für erbettelte Sachen; E 11, 342, Gewerbsunzucht, E 37, 230 ff., verbotenes Fangen von Singvögeln; E 54, 133, Erwerb im Wege des Schleichhandels; Hegler, Systematik Bd. 9, S. 392.

5) Nicht notwendig ist ein spezifisches Vermögensverschiebungsdelikt als Vortat, vgl. S. 26.

lassenden Auslegung des Tatbestandsmerkmals „strafbare Vortat" zu der Forderung einer objektiv und subjektiv rechtswidrigen Vortat[6]). Sie arbeitet hiebei mit der Begründung, die Schuld sei ein Tatbestandsmerkmal. Aus §§ 51 ff. gehe hervor, daß bei ihrem Fehlen eine strafbare Handlung nicht vorhanden sei. Sie verleugnet damit die Selbständigkeit der Hehlerei gegenüber der Vortat. Gleichzeitig wird sie dem Zweckgedanken des § 259 — bestraft wird der Hehler, weil er eine rechtswidrige Vermögenslage aufrecht erhält — nicht gerecht. In § 259 wollte der Gesetzgeber nicht die Frage beantworten: Soll der Vortäter bestraft werden, wenn ihm sein Handeln nicht vorgeworfen werden kann? War er voller Herr seiner gesellschaftsschädlichen Tat? Die Antwort hierauf enthalten die §§ 51 ff. In § 259 dagegen wird die Frage gestellt: Soll ein schuldhaft handelnder Hehler straflos ausgehen, wenn ein ihm vielleicht unbekannter Vortäter nur objektiv rechtswidrig handelte?

Wir bestrafen mit § 259 ja nicht den Vortäter, sondern den Hehler. Mit andern Worten: der Begriff „strafbare" Handlung hat in § 259 einen ganz andern Sinn als in §§ 51 ff. Die Perpetuierung einer durch einen Geisteskranken geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage ist genau so strafwürdig, wie im Falle des Handelns eines schuldfähigen Vortäters. Da der Gesetzeswortlaut nicht entgegensteht, gelangen wir zu dem Ergebnisse, daß auch eine nur objektiv rechtswidrige Handlung des Vortäters genügt und jede Art von Schuldelement bei der Vortat fehlen kann, sofern nur ein rein tatsächliches Einverständnis zwischen Vortäter und Hehler gegeben ist.

Daß die herrschende Lehre eine große Anzahl strafwürdiger Fälle von Hehlerei nicht erfassen kann, wird auch von ihren Vertretern zugegeben. Als Notbehelf dient für die Fälle, in denen die nur objektiv rechtswidrige Vortat sich gegen das Eigentum richtet, die Bestrafung wegen Unterschlagung.

Jedenfalls hat das Akzessorietätsproblem durch die Strafgesetznovelle vom 24. 11. 1933 von der Seite des Gesetzgebers her eine Wandlung erfahren, welche die hier vertretene Auffassung stützt. Nach den §§ 42 b, 330 a ist es möglich, „mit Strafe bedrohte

6) E 35, 74; 52, 198 (zu § 52 STGB); Frank II, 1 zu § 259; Beling, H., S. 66, Anm. B; Ebermayer, 2 d zu § 259, Binding Lb., S. 386; Gudewill S. 28.

Handlungen“ im Zustande der Zurechnungsunfähigkeit zu begehen. Die Zurechnungsfähigkeit als Verbrechensmerkmal fehlt hier. Nichts hindert uns, den Begriff der „strafbaren Handlung“ in § 259 im Sinne dieser neuen Auffassung auszulegen und damit objektive Rechtswidrigkeit genügen zu lassen.

Das Reichsgericht hat sich auch erst verhältnismäßig spät für die soeben geschilderte Auffassung entschieden. In E 18, 298, welche auf E 10, 155 verweist, führt es aus: „Die Bestrafung des Hehlers tritt ein, wenn auch nur objektiv eine strafbare Handlung festgestellt wird.“

Interessant ist auch der Weg, auf dem das Reichsgericht allzu unliebsame Auswirkungen seiner vorgenannten Auffassung zu vermeiden sucht. Unter Berufung auf den Wortlaut der §§ 55/57 ist das Reichsgericht in ständiger [7]) Rechtsprechung dazu übergegangen, die mangelnde Einsicht bei Jugendlichen als einen persönlichen Strafausschließungsgrund zu erklären und gelangt so zu einer Bestrafung des Hehlers auch bei der Vortat eines Jugendlichen. Der Wunsch, diese strafwürdigen Fälle von Hehlerei zu erfassen, ist jedoch allein der Vater dieses reichsgerichtlichen Gedankens. In Wirklichkeit betreffen die Momente der Affektivität und Intellektualität die Vorwerfbarkeit des strafrechtlich bedeutsamen Verhaltens. Sind sie nicht gegeben, so kann von „schuldhaftem“ Handeln nicht die Rede sein. Die richtige Auffassung hat jetzt ihren Ausdruck in § 4 des Jugendgerichtsgesetzes vom 16. Februar 1923 gefunden, der die Strafbarkeit des Hehlers von der des jugendlichen Vortäters loslöst und überflüssig wäre, wenn dem Jugendlichen nur ein Strafausschließungsgrund zur Seite stünde.

b) Auf der andern Seite läßt die herrschende Lehre „straflose, strafbare Handlungen“ als geeignete Vortaten gelten. Von unserem Standpunkte aus erscheint die Behandlung der nachgenannten Fälle folgerichtig.

Eine „strafbare“ Vortat ist zunächst gegeben in den Fällen, in denen dem Vortäter ein Strafaufhebungsgrund zur Seite stand, Niederschlagung des Verfahrens [8]), Begnadigung im e. S., Amnestie, Tod des Vortäters. Dasselbe muß auch von der Ver-

7) E 6, 186; 19, 192; 53, 86; 57, 208.

8) Beling, H., S. 67, Anm. 7, v. Liszt, S. 699, Anm. 7, Ebermayer, 2 d zu § 259.

jährung[9]) gelten. Letzteres wird zu Unrecht bestritten von Binding[10]) mit der Begründung, die Verjährung tilge die Strafklage und mache daher eine Feststellung der „Verbrecherischkeit" der Handlung unmöglich. Mit Recht hält ihm Beling[11]) entgegen, daß eine Feststellung der Vortathandlung im Prozeß nicht dasselbe bedeute, wie die Ausübung der Strafklage gegen den Täter des Vordeliktes. Dieses Ergebnis wird von der Beantwortung der Streitfrage[12]), ob die Verjährung materiell-rechtlichen Charakter habe, nicht berührt.

Eine strafbare Vortat ist auch dann gegeben, wenn das Vorliegen von Strafverfolgungshindernissen im konkreten Falle eine Strafverfolgung des Vortäters unmöglich macht. Hierher gehören einmal die Antragsdelikte als Vortaten, z. B. § 370, Ziff. 5. Die Rechtsnatur des Strafantrags ist bestritten. Nach manchen[13]) liegt vor Stellung eines Strafantrags durch den Verletzten eine strafbare Handlung nicht vor. Der Strafantrag gilt hier als objektive Bedingung der Strafbarkeit. Diese Ansicht kann im Hinblick auf §§ 127, Abs. 3, 130, 260, Abs. 3 STPO. nicht gebilligt werden. Die herrschende und richtige Lehre[14]) erblickt demzufolge im Strafantrag eine Prozeßvoraussetzung. Eine strafbare Handlung ist daher auch dann gegeben, wenn der Antrag noch nicht gestellt wurde oder nicht mehr gestellt werden kann. Hälschner[15]) wiederum gelangt infolge seiner Auffassung von der Sachhehlerei als einer Art Begünstigung zu dem Ergebnis, daß beim Fehlen eines Strafantrags, ebenso wie in den Fällen der §§ 257, 258 eine strafbare Handlung nicht vorliege.

Hieher sind ferner die Fälle zu rechnen, in denen die Vortat im Auslande begangen wurde und der Vortäter gemäß §§ 3, 4 im Inland nicht verfolgt werden kann[16]). Das Tatbestandsmerkmal „strafbare Handlung" ist lediglich nach deutschem Rechte zu beurteilen. Der Umstand, daß die Vortat von einem Ausländer

9) Vgl. § 8 des Reichsstatthaltergesetzes vom 30. Jan. 1935.
10) Lb. S. 387.
11) H., S. 67.
12) Vgl. v. Liszt, S. 437, Anm. 1.
13) Z. B. v. Bar, Goltd.Arch. Bd. 19, S. 645.
14) Ebermayer 2 d zu § 259, v. Liszt S. 284, Gudewill, S. 26; E 2, 221; 57, 143; 59, 200.
15) S. 887 ff.
16) E 55, 234.

im Auslande begangen wurde, ist sonach für die Bestrafung des Hehlers bedeutungslos. Erforderlich ist nur, daß die Handlung nach deutschem Rechte strafbar ist[17]). Das Reichsgericht[18]) geht noch weiter und hält Hehlerei sogar dann für möglich, wenn die Vortat von einem Ausländer im Auslande begangen wurde und am Begehungsorte nicht unter Strafe gestellt ist.

Eine strafbare Handlung liegt ferner vor, wenn der Vortäter infolge eines persönlichen Strafausschließungsgrundes[19]) straffrei ausgeht, z. B. §§ 247, Abs. 2, 289, Abs. 5. In § 247, Abs. 3 hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, daß Teilnahme und Begünstigung der Tat durch solche Personen, welche zum Täter nicht in den erforderlichen verwandtschaftlichen Beziehungen stehen, für strafbar erklärt werden, eine strafbare Handlung demnach vorliegen muß. Was für den Begünstiger gilt, muß erst recht für den Hehler gelten. Letzteres Argument hat den Gesetzgeber auch bewogen, in § 247, Abs. 3 den Hehler nicht zu erwähnen.

Dem Wortlaut des § 259 nach scheint es auch möglich, daß Hehler der sein könne, der Sachen an sich gebracht hat, die nicht durch eine strafbare Handlung erlangt wurden, sofern er nur annehmen mußte, daß sie auf diese Weise erlangt seien. Diese Folgerung hat erfreulicherweise niemand gezogen. Mit Recht sagt Beling[20]), daß dies auf die Bestrafung des bösen Willens hinauslaufen würde. Das den „Umständen nach annehmen müssen" hat in Wirklichkeit eine ganz andere Bedeutung, vgl. S. 64 ff.

2. Das Erlangen der Sache mittels strafbarer Handlung:

Der Sprachgebrauch versteht unter Erlangen zunächst etwas rein Tatsächliches, ein „in Besitz Nehmen" und als dessen Folge ein „Haben". Eine Auslegung aus dem Sprachgebrauch allein würde jedoch verfehlt sein. Wir haben es mit einem strafrechtlichen Begriffe, im besonderen mit einem Merkmal des Hehlereitatbestandes zu tun. Das Erlangen stellt sich daher als Begründung einer eigentumsähnlichen Herrschaft über eine Sache

17) Herrschende Lehre: E 18, 298; 50, 199; 55, 234; Frank II, 1 zu § 259; Beling, H., S. 67, Anm. 5 mit der Begründung, in diesen Fällen seien die im Gesetz aufgestellten Strafdrohungsbedingungen nicht erfüllt.

18) E 18, 298.

19) E 50, 199; Gretener S. 171, Beling, H., S. 67, Binding Lb., S. 387.

20) H., S. 66.

dar. Mit Recht legt Binding [21]) Wert auf die Erringung der Verfügungsgewalt.

Die bloße Möglichkeit, eine so geartete Herrschaft über eine Sache zu erlangen, genügt nicht. Daraus folgt, daß der Erwerber des Pfandscheins einer gestohlenen und hernach verpfändeten Sache nicht Hehler selbst, sondern Ersatzhehler ist.

Umstritten ist, wann eine Sache mittels einer strafbaren Handlung erlangt ist. Einigkeit herrscht in den Fällen, bei denen die Besitzergreifung ein notwendiges Tatbestandsmerkmal der Handlung selbst bildet, z. B. bei Diebstahl, Raub, Pfandkehrung. Köhler [22]) will das „Erlangen mittels einer strafbaren Handlung" auf diese Fälle beschränkt wissen.

Die herrschende und richtige Ansicht [23]) geht weiter. Ein strafbares Erlangen der Sache liegt auch dann vor, wenn die Verwirklichung des Vortatbestandes nur mittels den Besitzerwerb zur Folge hatte. Auch ein durch Meineid oder Urkundenfälschung erlangter Gegenstand kann daher Objekt der Hehlerei sein, denn auch diesen Delikten liegt, wie Hegler betont, eine Vermögensverschiebung zugrunde, wenn sie auch nicht durch ein typisches Vermögensverschiebungsdelikt herbeigeführt wurde.

Da das Gesetz nur das Vorliegen einer strafbaren Handlung erfordert, genügt auch der Versuch der Vortat, soweit auf Grund derselben eine rechtswidrige Vermögenslage geschaffen und die Sache „erlangt" wurde [24]).

Handelt es sich bei der Vortat um ein fortgesetztes Delikt, so kann Hehlerei schon an den Sachen begangen werden, die durch abgeschlossene Teilakte erlangt wurden, denn die Schaffung einer rechtswidrigen Vermögenslage wurde bereits durch ihre Vollendung bewirkt [25]).

Ist jedoch durch die Vortat bzw. ihren Versuch eine rechtswidrige Vermögenslage noch nicht geschaffen worden, so liegt allenfalls Teilnahme an der Vortat vor. Der Abschluß der Vortat, gerade im Hinblick auf die Schaffung einer rechtswidrigen

21) Lb. S. 387.
22) S. 105/106.
23) Ebermayer 2 c zu § 259, Frank II, 1 zu § 259, Hegler, Systematik Bd. 9, S. 389/392, Beling, H., S. 69; E 6, 218; 39, 238.
24) Beling, H., S. 71, Ebermayer 2 c zu § 259.
25) Ebermayer 2 c zu § 259.

Vermögenslage, muß daher scharf erfaßt werden[26]). Schwierigkeiten entstehen kann, wenn eine Unterschlagung als Vortat dienen soll, und zwar in zweifacher Hinsicht:

Einmal hat der Vortäter vor Begehung der Unterschlagung die Sachen bereits in seinem Gewahrsam. Manche[27]) verneinen daher in diesen Fällen die Möglichkeit der Hehlerei. Es kommt jedoch nicht so sehr auf die rein äußerliche Gewahrsamsinnehabung an. Mit Recht sagt Beling[28]), entscheidend sei das tatsächliche Haben der Sache in seiner konkreten Erscheinung; begründe die Vortat einen neuen tatsächlichen Zustand des Habens bei dem Vortäter, so könne sehr wohl gesagt werden, dieser habe die Sache durch die Vortat erlangt, auch wenn ein Zustand tatsächlicher Beherrschung vorher schon bestanden habe.

Gerade dies trifft bei der Unterschlagung zu, denn erst durch die Zueignungshandlung erwirbt der Vortäter Eigenbesitz und damit eine eigentumsgleiche Verfügungsgewalt. Mit Recht sagt auch E 58, 230: „Durch die Zueignungshandlung wurden die Gegenstände mit dem Makel des strafbaren Erwerbs behaftet und somit im Sinne des § 259 mittels strafbarer Handlung erlangt."

Eine weitere Schwierigkeit besteht darin, daß die Sache in dem Augenblick, in dem das Handeln des Hehlers einsetzt, bereits mit dem Makel des strafbaren Erwerbs behaftet sein muß[29]). Nur Teilnahme an der Haupttat liegt daher vor, wenn die Straftat des Haupttäters erst in der Veräußerung der Sache an den „Nachtäter" besteht. Tritt der Zueignungswille des Unterschlagenden erst in dem Augenblick zutage, in dem er die Sache an den bösgläubigen Käufer verkauft, so ist letzterer nur wegen Beihilfe zur Unterschlagung zu bestrafen.

Dieses Ergebnis versucht Eckstein[30]) durch eine zwar scharfsinnige, aber u. E. unrichtige Konstruktion zu vermeiden. Er zerlegt das Veräußerungsgeschäft in „zwei logisch getrennte Elemente": Die „Entäußerung" und die „Erwerbung". Bereits durch die Entäußerung vollende der Verkäufer seine Unter-

26) Binding, Lb., S. 389.
27) Frank VII zu § 246, v. Liszt S. 699, Anm. 9.
28) Beling, H., S. 69.
29) E 2, 69; 12, 315; 17, 59 ff.
30) S. 427.

schlagung, so daß der Käufer Hehlerei an einer mit dem Makel der Unterschlagung bereits behafteten Sache begehe.

Eckstein berücksichtigt jedoch nicht, daß Entäußerung und Erwerbung zeitlich in der Regel[31]) zusammenfallen.

Unterschlagung wird daher meist dann als Vortat auftreten, wenn der Vortäter zunächst durch eine beliebige, an die Außenwelt getretene Handlung seinen Zueignungswillen betätigte, z. B. Ableugnen des Besitzes der Sache, Versuch, die Sache an einen Dritten zu veräußern, damit die Unterschlagung vollendet wurde und hierauf erst die Veräußerung an den Hehler erfolgte, aber auch dann wird Unterschlagung als Vortat in Frage kommen, wenn das Angebot des Vortäters und dessen Annahme durch den Erwerber der Sache zeitlich auseinanderfallen, denn die Mitteilung des Angebotes an den späteren Erwerber stellt hier die an die Außenwelt getretene, den Zueignungswillen betätigende Handlung dar und bedeutet zugleich die Vollendung der Unterschlagung.

Aus dem Wesen der Hehlerei folgt weiter, daß Sachen, die durch die strafbare Handlung erzeugt wurden, nicht durch sie „erlangt" sind, obwohl eine rein sprachliche Auslegung des Begriffes „erlangen" dies nicht ausschlösse. So ist Hehlerei an dem Gelde, das der Fälscher herstellt, nicht möglich. Der Erwerber dieser Geldstücke hält keinen durch die Vortat geschaffenen, rechtswidrigen Zustand[32]) aufrecht. Beling[33]) tritt der herrschenden Lehre mit einer zwar logisch begründeten, aber das Wesen der Hehlerei außer Acht lassenden Beweisführung entgegen. Er sagt, daß nur eine schon bestehende Sache durch die strafbare Handlung „erlangt" sein könne, beweise nicht, daß die Erzeugung der Sache ausgeschlossen sei; denn bei Erzeugung handle es sich in Wahrheit immer nur um eine neue Gestaltung bei stofflicher Identität. Durch sie entstehe ein neuer Zustand tatsächlichen Habens.

3. Das vitium rei inhaerens[34]):

Die bedeutsamste Wirkung des strafbaren Erwerbs der Sache

31) Beachtlich E 17, 59 ff.

32) So auch die herrschende Lehre: Binding Lb., S. 387, Frank II, 4 zu § 259 u. a. A. A. Gudewill, S. 30; Olshausen, N. 4 zu § 259.

33) H., S. 70, Anm. 1.

34) Ueber die Gefahren einer mißbräuchlichen Anwendung dieses Begriffes, vgl. S. 106.

durch den Vortäter ist das vitium rei inhaerens. Wenn wir vom Wesen der Hehlerei als der Aufrechterhaltung einer rechtswidrigen Vermögenslage ausgehen, so folgt hieraus, daß dieses vitium solange bestehen bleibt, als dieser rechtswidrige Zustand anhält, und erst entfällt mit der Beseitigung dieses Zustandes etwa auf Grund unanfechtbaren Eigentumserwerbes. Der Umstand allein, daß ein anderer als der Vortäter die Sache „erlangt", beseitigt das vitium nicht. Bezüglich derselben Sache sind daher eine unbegrenzte Anzahl von Hehlereien möglich. Da die rechtswidrige Vermögenslage auch dadurch nicht beseitigt wird, daß ein gutgläubiger Erwerber die Sache in die Hand bekommt, ist derjenige als Hehler zu bestrafen, der in Kenntnis des wahren Sachverhalts diese vitiös erworbene Sache von diesem gutgläubigen Zwischenmann erwirbt, es sei denn, daß dieser unanfechtbares Eigentum erwarb [35]). Mit Recht sagt v. Buri [36]), im Falle der Gutgläubigkeit eines Zwischenbesitzers liege ein „Ruhen des vitiums" vor.

Nach der in Rechtsprechung und Schrifttum zur Herrschaft gelangten Lehre ergreift das vitium nur die strafbar erlangte Sache selbst, nicht dagegen den durch Verkauf der Sache erworbenen Erlös oder die für sie eingetauschten Gegenstände. So gelangen wir zum Problem der Ersatzhehlerei, auf welches im 6. Teil der Arbeit des näheren eingegangen wird.

Der Wegfall des vitiums kann sich auf verschiedene Weise vollziehen. Entscheidend ist jeweils, ob die durch die Vortat geschaffene, rechtswidrige Vermögenslage endet.

Umstritten ist der Fall, daß die Sache an den Verletzten zurückgelangt. Dies kann auf zweifache Weise geschehen, einmal dadurch, daß er die Sache auf Grund seines Rechtes oder aber auf Grund eines besonderen Rechtsgeschäftes zurückerlangt. Die im Schrifttum herrschende Lehre [37]), der beizupflichten ist, verneint in beiden Fällen die Möglichkeit der Hehlerei, obwohl nichts im Wege steht, den Verletzten tatbestandsmäßig als Dritten im Sinne des § 259 (Mitwirken zum Absatz bei „Dritten") zu

35) Herrschende Lehre: Ebermayer 4 zu § 259; E 44, 250; treffend auch Merkel 3, S. 430: Die objektiv-widerrechtliche Vermögenslage bleibt durch die subjektive Meinung des jeweiligen Besitzers unberührt.

36) S. 50.

37) Beling, H., S. 80, Binding, Lb., S. 391, Frank IV, 3 zu § 259.

betrachten. Gerade in den praktisch häufigsten Fällen jedoch, in denen nämlich die Sache an den ahnungslosen Bestohlenen abgesetzt wird, somit ein Mitwirken zum Absatz in Frage kommt, bejaht das Reichsgericht[38]) das Vorliegen von Hehlerei. Zur Begründung führt es aus, der Verletzte erlange die Sache nicht unter Ausgleichung des widerrechtlichen Vermögenszustandes, sondern er müsse wie jeder Nichtberechtigte ein Entgelt dafür entrichten. Das Reichsgericht verkennt, daß in diesem Falle ein neuer rechtswidriger Zustand bezüglich des Entgelts geschaffen wird, da der Veräußernde sich eines Betruges schuldig macht. Der gleiche Gesichtspunkt muß auch zum Zuge kommen in dem Falle, daß jemand eine vitiös erworbene Sache an sich bringt, um sie dem Bestohlenen etwa gegen Belohnung, auszuhändigen.

Bei der hier vertretenen Ansicht muß allerdings in Kauf genommen werden, wie das Reichsgericht in E 54, 124 hervorhebt, daß Freisprechung erfolgen muß, wenn nicht feststeht, daß derjenige, bei dem abgesetzt wird, nicht der durch die Vortat Verletzte ist.

Das vitium rei inhaerens entfällt ferner dann[39]), wenn das Zivilrecht die neue Vermögenslage sanktioniert. Hehlerei ist daher nicht mehr möglich, wenn die Sache in das unanfechtbare Eigentum eines Dritten gelangt ist. Dieser Eigentumserwerb kann sich gemäß §§ 932 ff., 937 ff. BGB[40]) vollziehen.

Die herrschende Lehre[41]) rechnet hierher auch den Fall, daß Eigentum[42]) gemäß §§ 946 ff. BGB durch Verbindung, Vermischung und Verarbeitung erworben wird. Das Reichsgericht hat in E 25, 402 (Verarbeitung) und E 29, 155 (Vermischung) Hehlerei trotz Eigentumserwerbs durch den Vortäter für möglich gehalten und die Auffassung vertreten, daß der bürgerlichrechtliche Eigentumserwerb die Tatsache des vitiösen Erwerbes nicht ungeschehen machen könne. U. E. bietet schon die lex lata die Möglichkeit, diese Gruppe doch zweifellos strafwürdiger Lebenstatbestände zu erfassen. Entscheidend dürfte hiebei lediglich sein, inwieweit die Identität der ursprünglichen Sache noch fortbesteht. Für diese Frage ist u. E. der bürgerlich-

38) E 30, 401; 54, 124.
39) Mit der im folgenden zu machenden Einschränkung.
40) Binding, Lb., S. 387; E 44, 250.

rechtliche Eigentumserwerb gemäß §§ 946 ff. BGB nicht von Bedeutung, denn diese Vorschriften wollen doch nur in sachenrechtlicher Hinsicht klare Verhältnisse schaffen und bringen typisch privatrechtliche Interessengegensätze zum Ausgleich, ohne damit zugleich einen Maßstab für strafrichterliche Wertungen zu bilden. Auch der der Hehlerei zugrunde liegende Perpetuationsgedanke steht der von uns vorgeschlagenen Lösung nicht im Wege, denn der Eigentumserwerb gemäß §§ 946 ff. BGB führt durchaus nicht zur Beseitigung der durch die Vortat geschaffenen, rechtswidrigen Vermögenslage. Die Möglichkeit eines Ausgleiches verschiebt sich lediglich vom sachenrechtlichen aufs schuldrechtliche Gebiet — § 951 BGB. Der Aufrechterhaltungsgedanke muß ja nicht notwendig zu einer zivilistisch-sachenrechtlichen Betrachtungsweise führen. Man wird daher nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten prüfen müssen, ob eine „andere" Sache entstanden ist, die oben erwähnten Ansätze in der Rechtsprechung enthalten einen richtigen Kern. Im übrigen gibt es ja auch sonst Fälle, in denen Hehlerei an Sachen begangen wird, die im Eigentum des Vortäters stehen — § 289 als Vortat. Schwarz[43]) will neuerdings in diesen Fällen § 2 anwenden.

Diese Grundsätze gelten nach der herrschenden Lehre nur dann, wenn unanfechtbares Eigentum erworben wurde. Besteht für den Verletzten die Möglichkeit, den Eigentumserwerb des Dritten anzufechten (Betrug, Erpressung, § 123 BGB), so schließt dies den Wegfall des vitiums aus[44]).

Der Satz der herrschenden Lehre, daß der der Sache anhaftende Makel strafbaren Erwerbes dadurch nicht berührt wird, daß die Sache sich verändert z. B. infolge Anwachsung, sofern nur die Identität derselben gewahrt bleibt, bildet nur den allgemein gehaltenen Ausgangspunkt der von uns angeregten Lösung.

Seltsamerweise finden sich im Schrifttum über die Frage, inwieweit sich das vitium rei inhaerens auch auf Früchte oder sonstige Bestandteile einer strafbar erworbenen Sache erstreckt,

41) Ebermayer 2 b zu § 259, Binding Lb., S. 387, E 53, 167; 57, 159.

42) Soweit jedoch gem. §§ 947, 948 BGB nur Miteigentum des Vortäters entsteht, hört die Sache nicht auf, eine durch „eine strafbare Handlung erlangte" zu sein, vgl. Olshausen, N. 4 zu § 259.

43) Anm. 2 zu § 259.

44) Olshausen N. 17, Beling, H., S. 78 Anm. 3, Merkel 3, S. 745; E 59, 128.

kaum Erörterungen. Gudewill[45]) ist der Ansicht, daß dieses nicht mehr auf Früchte der Sache übergreife, die durch Trennung selbständig geworden sind. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Früchte, die zur Zeit der Begehung der strafbaren Vortat bereits entstanden waren, werden von dem Makel der Muttersache mitergriffen. Wird also eine trächtige Kuh gestohlen, so begeht derjenige, der in Kenntnis des Sachverhaltes das später geworfene Kalb erwirbt, Hehlerei. Wäre die Kuh jedoch erst nach dem Diebstahl trächtig geworden, so wäre das Kalb nie von dem der Kuh anhaftenden Makel erfaßt worden. Diese Folgerung gebietet der Gedanke der Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Vermögenszustandes.

Inwieweit sich bei Früchten und sonstigen Sachbestandteilen ein Wegfall des vitiums vollziehen kann, muß sich vom Standpunkte der herrschenden Lehre aus nach bürgerlichem Recht (unanfechtbarer Eigentumserwerb, etwa auf Grund von §§ 957, 932 BGB[46]) bemessen.

Wie schon erwähnt[47]), werden Sachen, die durch einen Verstoß gegen polizeirechtliche Vorschriften, jedoch nicht zufolge eines Eingriffes in fremde Vermögensrechte erworben wurden, nicht mit dem vitium behaftet.

4. Die Vortat im Prozeß gegen den Hehler:

Da es sich im Prozeß gegen den Hehler nicht um eine Aburteilung des Vortäters handelt, so findet § 267 STPO bezüglich der Vortat keine Anwendung. Dies ist auch in Schrifttum und Praxis[48]) allgemein anerkannt. Das Reichsgericht ist hiebei sehr weit gegangen, obwohl seine Auffassung über die Strafbarkeit der Vortat dies nicht rechtfertigt[49]). In E 10, 155 führt es aus, das Urteil brauche sich mit der Vortat im einzelnen nicht zu befassen und diese in ihre einzelnen Bestandteile aufzulösen. Die Feststellung der Vortat als einer strafbaren Handlung genüge. Auch eine alternative Feststellung der Vortat wird für zulässig erachtet. Die Person des Vortäters, noch eine bestimmte Delikts-

32) So auch die herrschende Lehre: Binding Lb. S. 387, Frank II, 4 zu

46) Zu beachten ist, daß beim Besitzerwerb kraft Aneignungsgestattung nach allerdings bestrittener Lehre § 935 BGB analoge Anwendung erfährt, vgl. hiezu Wolff, § 77, IV, 5 c.

47) Vgl. S. 31.

form der Zutat braucht nicht festgestellt und auch vom Vorsatz des Hehlers nicht erfaßt zu werden.

§ 2. Sachen im Sinne des § 259 STGB.

Der Sachbegriff der lex lata ist historisch älter als der des § 90 BGB. Aber auch wenn dem nicht so wäre, könnte § 90 BGB keine über den Geltungsbereich des Bürgerlichen Gesetzbuches hinausgehende Bedeutung beanspruchen. Rechtsbegriffe sind wertbetont und als bürgerlich-rechtlicher Wertbegriff ist dem Sachbegriff des § 90 BGB der Eingang in das Wertsystem unseres Strafrechts verwehrt. Der Sachbegriff des Strafgesetzbuchs muß daher seine Umgrenzung innerhalb des strafrechtlichen Wertsystems finden.

Leider ist die herrschende Lehre, insbesondere die Rechtsprechung des Reichsgerichts diesen Weg nicht gegangen, sondern einer rein naturalistischen Denkungsweise erlegen, die im Ergebnis zum bürgerlich-rechtlichen Sachbegriff führen mußte: „Sachen sind nur körperliche Gegenstände.". Das Gesetz betr. die Entziehung elektrischer Arbeit vom 9. April 1900 hat diese naturalistische Betrachtungsweise auf dem Gebiete des Strafrechts bestätigt.

Dennoch finden sich in der Rechtsprechung Bestrebungen, diesen Naturalismus zu überwinden. Zu erwähnen ist hier einmal die vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung [50]) zur Frage des Sparkassenbuchdiebstahls [51]) entwickelte Sachwertstheorie, ferner die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Frage der Sachbeschädigung, wo in einzelnen Entscheidungen [52]) nicht auf die Verletzung der Sachsubstanz, sondern auf die des Gebrauchswert abgestellt wird.

Auf dem Gebiete der Sachhehlerei jedoch hat das Reichsgericht diesen Weg nicht beschritten, obwohl sich von der von

48) Ebermayer 2 f zu § 259; Binding Lb., S. 387; Gudewill S. 41/42; Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung: E 6, 336 ff.; 10, 155; 18, 299; 50, 199; 58, 98.

49) Vgl. S. 33.

50) Frank, 2 a, VII zu § 242, E 57, 199, RMG 20, 197.

51) Vgl. hierüber auch S. 127, 128.

52) E 20, 353; 43, 204.

ihm vertretenen Sachwertstheorie aus ein Teil der Ersatzhehlerei-Tatbestände hätte erfassen lassen, hierüber später [53]).

Die herrschende Lehre betrachtet demnach als Sachen im Sinne des § 259 nur körperliche Gegenstände, räumlich faßbare Stoffe. Ob eine Beschränkung der Hehlerei auf körperliche Gegenstände zweckmäßig ist, lassen wir an dieser Stelle unerörtert. Sicherlich gibt es auch sonst noch Fälle der Aufrechterhaltung rechtswidriger Vermögenslagen, z. B. § 302, Abs. 3 — Nachwucher, § 259 jedenfalls betrifft nicht unkörperliche Gegenstände, wie Forderungen, Immaterialgüter- und sonstige Rechte. Sobald jedoch diese Rechte „versachlicht", d. h. ihre Ausübung an die Innehabung eines körperlichen Gegenstandes, eine Urkunde, geknüpft ist, werden sie taugliches Objekt der Hehlerei, da diese Urkunden bewegliche Sachen darstellen [54]).

Da auch wertlose Gegenstände zu einem Vermögen gehören können, kommen auch Sachen ohne Stoffwert als Hehlerobjekte in Betracht.

Ein Vergleich mit §§ 242, 246 ergibt, daß auch unbewegliche Sachen als Sachen im Sinne des § 259 zu gelten haben [55]). Auch sie können durch strafbare Handlung erworben werden — Betrug, Erpressung! Die lex lata betrachtet zwar als Regelfall das Hehlen von beweglichen Sachen. Dies folgt daraus, daß ein Teil der Hehlerhandlungen: Verheimlichen, zum Pfande nehmen, auf bewegliche Sachen zugeschnitten ist. Der Zweckgedanke des § 259 erfordert jedoch eine Einbeziehung der unbeweglichen Sachen.

Aus dem Wesen der Hehlerei als einem Vermögensverschiebungsdelikt, nicht Eigentumsdelikt, folgt weiter, daß es auf die Frage, in wessen Eigentum die Sachen stehen, nicht ankommt. Hehlerei ist demnach auch an eigenen Sachen möglich. Als Vortaten kommen hier insbesondere in Frage die Tatbestände der §§ 137, 289 [56]). Hehler ist somit derjenige, der eine Pfandsache erwirbt, die der Eigentümer seinem Pfandgläubiger unbefugt weggenommen hat, ja der Eigentümer selbst, der seine eigene Sache

53) S. 128, 129.

54) E 12, 313/315: Hehler am Schuldschein; E 23, 53/54.

55) Beling, H., S. 68, Frank II zu § 259, Ebermayer 2 a zu § 259.

56) Herrschende Meinung: Binding, Lb., S. 387, Hegler, Systematik, Bd. 9, S. 389; Olshausen N. 2; E 18, 303.

an sich bringt, die ein anderer der Verstrickung entzogen hat. Auch herrenlose Sachen können hehlerisch erworben werden, sofern nämlich dieser Erwerb einen Eingriff in ein fremdes Vermögensrecht aufrecht erhält. Dies trifft zu, wenn der Vortäter ein fremdes Aneignungsrecht verletzte — Wilddiebereie[57])!

§ 3. Hehlerei-Handlungen.

Der Gesetzgeber der lex lata hat es sich bei der Schaffung des Hehlereitatbestandes zur Aufgabe gemacht, denselben plastisch und volkstümlich zu gestalten. Er hat daher im Gegensatz zu den §§ 257, 258 davon abgesehen, in der Form einer Generalklausel jede irgendwie geartete Beziehung des Hehlers zu einer deliktisch erworbenen Sache zu erfassen, ist vielmehr dazu übergegangen, gewisse Hehlerhandlungen zu vertypen und dadurch zugleich einer schrankenlosen Ausdehnung des Hehlereitatbestandes, etwa nach Art der Belingschen Nachtäterschaft, vorzubeugen. Die in § 259 erwähnten Handlungen sind daher erschöpfend und nicht etwa beispielsweise aufgezählt[58]).

Der Gesetzeswortlaut schafft nun keine Klarheit über das Verhältnis dieser Handlungsformen zueinander. Zunächst könnte es scheinen, als ob nur dem „An sich bringen" und dem „Mitwirken zum Absatze" selbständige Bedeutung zukäme, während das Wörtchen „sonst" die übrigen Formen: verheimlichen, ankaufen und zum Pfande nehmen, als Unterarten des Ansichbringens kennzeichnet. Bezüglich des „Ankaufens" und „Zumpfandenehmens" ist dies auch allgemein anerkannt[59]). Für das Verheimlichen jedoch kommen wir unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des § 259 mit der herrschenden Lehre[60]) zu einem anderen Ergebnisse und messen ihm eine selbständige Bedeutung zu. Die §§ 237, 238 des preußischen Strafgesetzbuches vom 14. April 1851 lauteten ursprünglich: „Wer Sachen ... ankauft, zum Pfande nimmt oder verheimlicht" usw. Diese Fassung wurde durch die Novelle vom 14. April 1856 abgeändert in: „Wer Sachen

57) Olshausen N. 2; Frank II zu § 259.
58) Ebermayer 3 zu § 259.
59) Ebermayer 3 b zu § 259; Olshausen N. 12, Gudewill S. 42/44 E 64, 21.
60) Olshausen N. 8; Gudewill S. 43; v. Liszt S. 700/701; Beling, H., S. 174; Frank IV, 1 zu § 259.

..... verheimlicht, ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst an sich bringt oder zu deren Absatze bei anderen mitwirkt ...." und ist so die Grundlage des § 259 geworden. Die Regierungsvorlage lautete damals: „Wer Sachen ... ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst verheimlicht"; das Verheimlichen sollte also auch das Ankaufen und Zumpfandenehmen umfassen. Diese Vorlage wurde abgelehnt, da es als eine Verfälschung des Wortsinns betrachtet wurde, das Verheimlichen mit dem Ankaufen und Zumpfandenehmen zu verbinden. Das Verheimlichen wurde sonach als eine besondere Verhaltensweise hervorgehoben. Aber auch der Zweckgedanke des § 259 rechtfertigt diese Verselbständigung, denn die Aufrechterhaltung einer rechtswidrigen Vermögenslage durch Verheimlichen ist auch ohne Ansichbringen möglich und strafwürdig.

Wir scheiden somit drei Kategorien [61]) von hehlerischen Handlungsformen: Das Verheimlichen, das Ansichbringen, das Mitwirken zum Absatze bei anderen.

Aus dem Grundgedanken: Aufrechterhaltung des durch die Vortat geschaffenen, rechtswidrigen Zustandes folgt weiter, daß der Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Hehlers und des Vortäters ein besonders gearteter sein muß. Einmal muß eine zeitliche Aufeinanderfolge gegeben sein, ferner darf sich die Hehlerhandlung nicht gegen den Vortäter bzw. den letzten Inhaber der Sache richten. Wer einem Dieb die gestohlene Sache wider Willen wegnimmt, ist nicht Hehler, sondern Dieb. Die herrschende Lehre [62]) geht jedoch zu weit, wenn sie fordert, daß der Hehler stets im Einverständnis mit dem Vortäter gehandelt haben müsse. Wir müssen bei jeder einzelnen Verhaltensweise gesondert prüfen, inwieweit ein tatsächlich bestehendes Einverständnis vom Wesen derselben gefordert wird. Beim Ansichbringen würde sich ein nichteinverständliches Handeln des Täters mit dem Vortäter als ein Handeln gegen den Willen desselben darstellen und eine Rechtsverletzung — Diebstahl darstellen. Anders jedoch bei den übrigen Formen: Ein Verheimlichen oder Mit-

61) Ein anderes Einteilungsschema gibt Binding, Lb., S. 389/90. Er scheidet a) Besitzergreifung zwecks Nichtrückerstattung an den Berechtigten oder Sicherung schon ergriffenen Besitzes. b) Verheimlichung unbesessener Sachen.

62) Hegler, JW 1924, S. 193; Olshausen N. 9; v. Liszt S. 700/701, E 55, 58; 54, 280; 57, 203/5.

wirken zum Absatze ist auch bei fehlendem Einverständnis des Vortäters möglich, ohne daß sich das hehlerische Handeln gegen ihn zu richten braucht[63]). Gudewill[64]) gibt ein treffendes Beispiel: Der Briefmarkensammler X. kommt zum Händler Y. Dieser kann ihm die gewünschten Stücke nicht verschaffen, weiß aber, daß Z. vor einigen Wochen gutgläubig in den Besitz einer gestohlenen Sammlung, in der sich die von X. gewünschten Marken befinden, gekommen ist. Er läßt sich für seine Bemühungen ein Entgelt geben und schickt den X. zu Z. Hier liegt zweifellos ein Mitwirken zum Absatze vor. Mit der oben erwähnten Einschränkung stimmen wir Beling[65]) zu, wenn er sagt: Es ist nicht erforderlich, daß der Vortäter mitwirkt, daß er einwilligt, daß er um die Hehlerhandlung weiß, noch daß diese Handlung dem Vortäter förderlich sei, denn eine Begünstigung des Vortäters ist ja nicht erforderlich.

Da der Hehler das vortäterische Verhalten fortsetzen muß, folgt hieraus, daß er nicht auf ein Zerstören der Sache ausgehen darf[66]).

Der Gesetzgeber hat den Tatbestand des § 259 als Begehungsdelikt ausgestaltet. Ein rein passives Verhalten erfüllt seine Voraussetzungen nicht. Die allgemeinen Grundsätze über die Verübung von Begehungsdelikten durch Unterlassung finden jedoch auch hier Anwendung[67]). Ein Unterlassen steht daher dem positiven Tun gleich, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln bestand. Einen interessanten Fall erörtert E 58, 299: Der Gastwirt macht sich des Mitwirkens zum Absatze schuldig, wenn er die Veräußerung gestohlener Sachen in seinem Lokale duldet. Die Rechtspflicht gründet sich auf §§ 33, Abs. 3, 53, Abs. 2 der Gewerbeordnung.

Im folgenden sollen die einzelnen Handlungsformen der Hehlerei näher erörtert werden:

I. Das Verheimlichen:

Eine erschöpfende Umgrenzung des Begriffes gibt Hegler[68]).

63) Richtig Beling, H., S. 71; E. 44, 249.
64) S. 57.
65) H., S. 71.
66) Binding, Lb., S. 388.
67) Beling H., S. 77.
68) JW 1924, S. 193.

Ausgehend vom Sprachgebrauche scheidet er das Verheimlichen als ein dem Wissen des Berechtigten oder der Strafverfolgungsbehörden Entziehen vom Verbergen einerseits, das darauf gerichtet sei, eine Sache dem Blicke zu entziehen, und vom Verstecken andererseits, das eine körperliche Tätigkeit an körperlichen Dingen voraussetze.

Da das Verheimlichen keine Unterart des Ansichbringens darstellt, folgt hieraus, daß der Hehler eine tatsächliche Verfügungsgewalt an der Sache nicht zu besitzen braucht [69]).

Das Verheimlichen umfaßt sonach jede Tätigkeit, die darauf abzielt, dem Berechtigten oder den Strafverfolgungsbehörden die Auffindung der Sache zu erschweren oder unmöglich zu machen.

Es kann auf die verschiedenste Weise begangen werden, nach der herrschenden Lehre [70]) stets im Einverständnis mit dem Vortäter: Durch körperliche Veränderungen der Sache selbst oder ihres Aufenthaltsortes, z. B. Verstecken, Verhüllen, Umarbeitung [71]); oder: Der Hehler macht falsche Angaben über den Verbleib der Sache [72]). Der Entscheidung des Reichsgerichts in JW 1924, S. 193 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Nach Veräußerung derselben und Eintritt der Bösgläubigkeit machte er im Einverständnisse mit dem Diebe einem Kriminalbeamten gegenüber falsche Angaben. Ein häufiger Fall ist der des Ableugnens des Besitzes der Sache gegenüber der Polizei [73]).

Umstritten ist, ob auch ein Unterlassen genügt. Positives Tun verlangen E 47, 242; Ebermayer 3 a zu § 259, Olshausen N. 9 zu § 259, Gretener S. 175. Richtiger Ansicht [74]) nach finden jedoch auch hier die allgemeinen Grundsätze über Begehungsdelikte durch Unterlassung Anwendung.

Da der Versuch der Hehlerei mangels gesetzlicher Vorschrift, § 43, Abs. 2, nicht strafbar ist, muß die verheimlichende Handlung des Täters zum Abschlusse gelangt sein. Demgemäß hat das

69) Ebermayer 3 a zu § 259; Olshausen N. 9 zu § 259; Hegler JW 1924, S. 193.

70) Vgl. die S. 36 zitierten.

71) Von Liszt, S. 701.

72) Olshausen N. 9; Ebermayer 3 a zu § 259.

73) E 47, 241; 57, 160.

74) So auch Beling, H., S. 77; E 58, 300 bezüglich Mitwirkung zum Absatz, wohl auch Hegler, JW 1925, S. 976/977.

Reichsgericht [75]) den bloßen Versuch, die vermißten Gegenstände in Gegenwart des nachforschenden Polizeibeamten in die Kleider zu stecken, für straflos erklärt.

Bestritten ist weiter, ob zum Wesen des Verheimlichens gehört, daß bereits Nachforschungen nach der Sache eingesetzt haben [76]). Richtiger Ansicht nach kann es hierauf nicht ankommen. Wer eine Sache im Hinblick auf kommende Nachforschungen verheimlicht, erschwert schon dadurch die Rechtsverfolgung des Verletzten [77]).

Ein Verheimlichen ist nicht mehr möglich, wenn der Verletzte oder die nachforschende Behörde den Aufenthalt der Sache kennt. Falsche Angaben des Verheimlichers nach diesem Zeitpunkte können nur als strafloser Versuch gewürdigt werden. Man wird Beling [78]) auch zustimmen können, wenn er die Ansicht vertritt, daß dann kein Verheimlichen mehr vorliegt, wenn der Täter die Sache dem Auge des Verletzten darbietet und nur irreführende Angaben über ihre Herkunft, Beschaffenheit oder Identität macht.

II. Das Ansichbringen:

A. Der Oberbegriff „Ansichbringen“:

Wer durch „Ansichbringen“ hehlt, vergrößert dadurch die zum Verletzten zurückführende Kette um ein neues Glied und macht sich dadurch derselben Rechtsverletzung schuldig, wie der Vortäter, als erster Angreifer auf das beeinträchtigte Vermögen. Dieser Umstand berechtigt uns auch, dem Begriffe „Ansichbringen“ den gleichen Inhalt wie dem des „Erlangens“, in dem sich das vortäterische Handeln erschöpfte, zu geben, nämlich: Erwerb der tatsächlichen Verfügungsgewalt über eine Sache [79]). Da der Hehler den vortäterischen Erfolg im Sinne des Vortäters festigen und aufrechterhalten will, muß eine Willensübereinstimmung zwischen ihm und dem Vortäter bestehen und der Erwerb der Verfügungsgewalt auf derivativem Wege erfolgen. Eine

75) Goltd.Arch. Bd. 55, S. 321.

76) So Beling, H., S. 74; Ebermayer 3 a zu § 259.

77) So auch das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung, besonders klar E 56, 61/63; v. Liszt S. 701 u. a.

78) H., S. 75.

79) Ebermayer 3 b zu § 259; v. Liszt, S. 701; Frank IV, 2 zu § 259; das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung: E 4, 321; 39, 308; 55, 222.

eigenmächtige Fortnahme der Diebesbeute ist wiederum Diebstahl und nicht Hehlerei [80]). Ein vom Hehler nur stillschweigend vorausgesetztes Einverständnis ist nur dann ausreichend, wenn der Vortäter wirklich einverstanden war, denn sonst richtete sich ja die Handlung objektiv gegen ihn [81]). Ein abgeleiteter Erwerb liegt ferner nicht vor im Falle des Findens [82]). Dagegen ist es belanglos, ob der Wille des Erwerbers durch eine Täuschung des Vortäters beeinflußt wurde. Auf welcher Rechtsgrundlage der Wechsel in der Verfügungsgewalt zwischen Vortäter und Hehler beruht, ob ihm insbesondere ein auf Begründung eines rechtlichen Herrschaftsverhältnisses an der Sache gerichteter Vertrag zugrunde liegt, ist gleichgültig. Wesentlich ist jedoch, daß auf seiten des Hehlers nicht nur ein auf Fremdbesitz — als Verwahrer, Entleiher, Uebernehmer einer Verkaufskommission — gerichteter Wille vorliegt, sondern daß dieser über die Sache zu eigenen Zwecken verfügen darf. Dies kann auch bei einem Kaufe gemäß § 495 BGB zutreffen [83]), wo ja ein eigentliches Erwerbsgeschäft noch gar nicht geschlossen wurde. Auch die Annahme der Sache als Geschenk genügt, da der Beschenkte den rechtswidrigen Erfolg der Vortat genau so aufrecht erhält, wie ein anderer Erwerber [84]). Die bloße M ö g l i c h k e i t jedoch, über eine strafrechtswidrig erworbene Sache zu eigenen Zwecken zu verfügen, ohne gleichzeitiges Bestehen eines tatsächlichen Gewaltverhältnisses ist nicht ausreichend. Wir können daher der vom Reichsgericht in JW. 1936, S. 730 ff. gegebenen Lösung nicht zustimmen. Ihr lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Dieb verpfändete die gestohlene Sache und veräußerte die Pfandscheine an den Angeklagten, der die Sachen dadurch „an sich gebracht" habe. In Wirklichkeit versucht das Reichsgericht hier durch eine unzulässige Ausweitung des Begriffes „Ansichbringen" einen typischen Fall der Ersatzhehlerei zu erfassen [85]).

80) Frank IV, 2 zu § 259; Ebermayer 3 b zu § 259; Binding, Lb., S. 390, E 39, 308; 54, 281; 64, 326. Konsequenterweise wird dann, wenn die Vortat in Mittäterschaft begangen wurde, das Einverständnis sämtlicher Mittäter gefordert werden müssen.

81) E 57, 203/05.

82) Gretener, S. 176/77.

83) E 56, 212/13.

84) Beling, H., S. 73.

85) Richtig E 23, 27; Beling, H., S. 73.

Da die Erlangung einer Besitzerstellung des Hehlers entscheidend ist, hat der Käufer eines Grundstücks, der zwar ins Grundbuch eingetragen, aber noch nicht in den Besitz desselben eingewiesen wurde, das Grundstück noch nicht „an sich gebracht“ [86][87]).

Andererseits fällt das Ansichbringen begrifflich nicht mit der Erlangung des Gewahrsams an der Sache zusammen, da letzterer eine rein äußerliche Herrschaftsmöglichkeit über die Sache gewährt und nicht die Kenntnis des Gewahrsamsinhabers von dieser Möglichkeit erfordert. Der Gewahrsamsinhaber bringt daher die Sache erst an sich, wenn er sich seiner tatsächlichen Verfügungsgewalt bewußt wird [88]).

Das „Ansichbringen“ ist an sich ein Begehungsbegriff, so daß ein rein passives Verhalten nicht genügt, anders dann, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht [89]).

Im folgenden sei noch kurz auf drei Gruppen von Lebenstatbeständen eingegangen, deren rechtliche Würdigung umstritten ist:

1. Das Mitgenießen strafbar erworbener Sachen.

Ist die Ehefrau, die Geliebte des Diebes als Hehlerin zu bestrafen, wenn sie mit diesem gestohlene Lebensmittel verzehrt. Es werden im wesentlichen drei Auffassungen vertreten:

a) Nach manchen [90]) wird durch Mitgenießen deshalb keine Hehlerei begangen, weil dasselbe nicht zu einer Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustandes bezüglich der strafbar erworbenen Sachen, sondern zu einer Zerstörung derselben führe. Binding will daher den Mitgenießer wegen Sachbeschädigung bestrafen.

b) Andere [91]) erblicken in jedem Mitgenuß ein Ansichbringen. Beling kommt zu diesem Ergebnisse auf Grund der von ihm gegebenen Umgrenzung des Begriffes „Ansichbringen“, im Gegensatz zur herrschenden Lehre hält er das Merkmal der Verfü-

86) Unrichtig daher Gretener, S. 176: Wenn auf den Käufer einer strafbar erworbenen Sache Eigentum übergangen sei, so liege Hehlerei auch dann vor, wenn der Erwerb der tatsächlichen Verfügungsgewalt noch nicht eingetreten sei, da der Eigentumsübergang schon eine Festigung der rechtswidrigen Vermögenslage bedeute.

87) Entscheidend ist allein, ob infolge einer tatsächlichen Besitz- und fügungsgewaltverlagerung dieser Erfolg eingetreten ist.

88) E 55, 220.

89) Vgl. S. 37.

90) Gretener, S. 185; Binding, Lb., S. 388.

91) Beling, H., S. 73; Gudewill S. 48.

gungsgewalt für überflüssig, andererseits bekämpft er die Bindingsche Ansicht mit der Erwägung, derjenige, der die Frage des rechtswidrigen Zustandes bezüglich einer Sache dahin kläre, daß eine Beseitigung desselben nicht mehr möglich sei — eben infolge Zerstörung derselben —, handle mindestens ebenso rechtswidrig, wie derjenige, der diese Frage offenlasse.

c) Das Reichsgericht vertritt in ständiger Rechtsprechung eine Mittelmeinung [92]) und stellt darauf ab, ob der Mitgenießende eine selbständige Verfügungsgewalt an den zu verzehrenden Sachen erwirbt. Es kommt daher zu eigenartig gekünstelten Unterscheidungen: Wer mit dem Dieb aus einer Flasche trinkt, ist nicht Hehler, da es am Erwerb der eigenen Verfügungsgewalt mangelt; goß der Dieb jedoch zuvor den gestohlenen Wein in ein dem Mitgenießer gehöriges Glas, so ist dieser Hehler [93]).

U. E. bedarf es gar keiner Vergewaltigung des Begriffes „Ansichbringen", um die doch zweifellos strafwürdigen Fälle des Mitgenießens zu erfassen. Das Konsumieren einer Sache setzt begrifflich voraus, daß sie vom Konsumierenden „an sich gebracht", zu eigener Verfügungsgewalt erworben wird [94]). Der Um-Umstand, daß der Erwerb der Verfügungsgewalt zeitlich mit der Konsumtion der Sache zusammenfällt, steht dem Begriffe des Ansichbringens in keiner Weise entgegen, denn das Gesetz hat nicht etwa zum Ausdruck gebracht, daß zwischen dem Erwerb der Verfügungsgewalt und einer nachfolgenden Zerstörung der Sache eine gewisse Zeitspanne liegen müsse. Damit ist auch der Bindingschen Auffassung der Boden entzogen [95]). Mit Recht sagt Gudewill [96]), der Mitgenießer bringe die Sache nicht nur „an sich", sondern sogar „in sich". Schwarz [97]) gelangt neuerdings durch Anwendung von § 2 zum selben Ergebnisse.

2. Das Zusammenleben von Personen in häuslicher Gemeinschaft.

Unter Berufung auf Art. 292, Abs. 3 des Sächsischen Strafgesetzbuches vom 1. Okt. 1868 glaubt Gudewill [98]), annehmen zu

92) E 9, 199; 55, 281; 63, 38 (Morphiuminjektion); ebenso v. Liszt, S. 701.
93) Vgl. R 2, 240; E 4, 49.
94) Hälschner, S. 891.
95) Die Zerstörung der Sache ist straflose Nachtat.
96) S. 49.
97) Anm. 3, B zu § 259.

können, daß diese Fälle stets unter dem Gesichtspunkte des Ansichbringens zu betrachten seien, denn der Gesetzgeber der lex lata habe mit Absicht eine dem Abs. 3 ähnliche Bestimmung vermieden, wonach derartige Fälle straflos seien. Diese Argumentation ist unmöglich, da es nicht statthaft ist, vollkommen außerhalb des Gesetzes liegende Umstände, die nicht einmal seine Entstehungsgeschichte selbst betreffen, zur Auslegung heranzuziehen.

U. E. ist die Rechtslage nicht verschieden von der unter 1. erwähnten. Die Ehefrau, die vom Ehemann gestohlene Nahrungsmittel im Haushalte verwendet, die mit dem Diebe zusammenwohnende, von der Diebesbeute lebende Dirne, bringt diese Sachen in der Regel genau so an sich wie der Mitgenießer, der zum Vortäter nicht in einem familienrechtlichen oder sonstwie gearteten Verhältnisse steht. Das Ansichbringen setzt zum mindest in dem Augenblicke ein, in dem diese Personen die Diebesbeute mitverzehren [99]). Eine Ausnahme wird nur für den Fall zu machen sein, daß die Ehefrau vom Ehemanne gestohlene Nahrungsmittel diesem nur zubereitet, ohne sie mitzugenießen.

Ueber die weitere Frage, ob diese ihres Vorteils wegen handelt, wenn der Ehemann durch die Gewährung des Mitgenusses zugleich seine gemäß § 1360 BGB bestehende Unterhaltspflicht erfüllt, vgl. S. 57.

3. Wann begeht der im Geschäftsbetriebe tätige Angestellte Hehlerei durch Ansichbringen [100])?

In der Regel begeht der für den Geschäftsherrn erwerbende Angestellte keine Eigenhehlerei, da er die vom Vortäter durch strafbare Handlung erlangten Sachen nicht zu eigener Verfügungsgewalt erwirbt. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob der Angestellte hiebei als unmittelbarer oder mittelbarer Stellvertreter dem Diebe gegenüber auftritt [101]). Entscheidend ist allein der Wille des Ankaufenden, zu eigener Verfügungsgewalt zu erwerben.

98) S. 51.

99) Anderer Ansicht die herrschende Lehre: Olshausen N. 13, b, E 2, 401; 39, 308, das Reichsgericht hält den Erwerb eigener Verfügungsgewalt in der Regel nicht für gegeben.

100) E 57, 73; 59, 204; 64, 21; Reichsgericht in DJ 1935, S. 1736.

101) E 57, 73.

Dagegen ist der Geschäftsherr Hehler durch „Ansichbringen", wenn er die zunächst ohne sein Wissen erworbenen Gegenstände bewußt seiner Verfügungsgewalt unterwirft, desgleichen wenn er seine Angestellten zuvor angewiesen hatte, bei jeder sich bietenden Gelegenheit, vitiös erworbene Sachen anzukaufen. In beiden Fällen ist der Angestellte als Gehilfe zu bestrafen.

Zu weit geht u. E. das Reichsgericht in E 64, 21, wenn es den am Gewinn beteiligten Angestellten als Eigenhehler betrachtet, da dieser Umstand nicht ausschließt, daß der Angestellte nur für seinen Geschäftsherrn erwerben will.

Eine Eigenhehlerei — und zwar durch Mitwirken zum Absatze — liegt jedoch dann vor, wenn der Angestellte beim Ankaufe der Sachen den Vorsatz hatte, zugleich mit dem Vortäter zusammenzuwirken.

B. Das Ankaufen und Zumpfandenehmen:

Da es sich hiebei um Unterarten des Ansichbringens handelt, genügt der Abschluß des obligatorischen Kaufvertrages nicht, um das Tatbestandsmerkmal des Ankaufens zu verwirklichen. Hinzu kommen muß noch, daß der Käufer die Verfügungsgewalt über die Sache erlangt und zwar zu eigenen Zwecken [102]). Soll die Sache nach dem Willen des Ankaufenden ohne weiteres in die Verfügungsgewalt eines anderen kommen, so liegt darin kein dem Ansichbringen gleich zu achtendes Ankaufen [103]).

In ähnlicher Weise verhält es sich beim Zumpfandenehmen. Es reicht daher nicht aus, wenn nur der obligatorische Pfandvertrag abgeschlossen wird. Eine in den Formen der Sicherungsübereignung vorgenommene Verfügung über die Sache ist infolgedessen nicht ausreichend.

Im übrigen ist das Tatbestandsmerkmal „Zumpfandenehmen" unmodern geworden, da das Pfandleihgewerbe sich heute überwiegend bei der öffentlichen Hand befindet.

III. Das Mitwirken zum Absatz beim andern:

Als dritte Verhaltensweise kennt unsere lex lata das „Mitwirken zum Absatze bei anderen". Auch hier diente die Novelle zum Preußischen Strafgesetzbuche vom 14. 4. 1856 zum Vorbilde,

102) Anderer Ansicht Rilk in JW 1936, S. 730 ff.
103) E 56, 335.

die diesen Zusatz einfügte, einerseits aus kriminalpolitischen Erwägungen, da diese Handlungen sehr häufig vorkommen und einen Anreiz zu Diebstählen bieten[104]), andererseits sollte eine Lücke geschlossen werden, da das Vertreiben strafbar erworbener Sachen durch die übrigen Handlungsformen nicht gedeckt wird und eine Bestrafung wegen Teilnahme an der vortäterischen Handlung deshalb nicht möglich ist, weil der Vortäter nur eine straflose Nachtat begeht.

Angesichts der Mannigfaltigkeit der Lebenstatbestände hat die wenig klare Fassung des Gesetzes Anlaß zu viel Streit gegeben. Einig ist man sich darüber, daß das Ziel des zum Absatze Mitwirkens demjenigen des Ansichbringens gerade entgegengesetzt ist, sofern es nämlich dahin geht, die vitiös erworbenen Sachen an andere zu bringen.

Umstritten ist zunächst der Begriff des Absatzes. Vom Sprachgebrauche ausgehend versteht die herrschende Lehre[105]) darunter die wirtschaftliche Verwertung der Sache durch entgeltliche Uebertragung dinglicher Rechte an derselben. Ein Verschenken der Sache genügt nach ihr nicht. U. E. zu Unrecht, der Laiensprachgebrauch ist zwar ein bedeutsames Hilfsmittel bei der Auslegung strafrechtlicher Begriffe, aber entscheidend ist der Zweckgedanke des Gesetzes; und dieser verlangt, daß auch die unentgeltliche Verwertung als ein Absetzen zu gelten hat, denn auch durch sie wird die durch die Vortat geschaffene widerrechtliche Vermögenslage gefestigt und aufrecht erhalten[106]). Richtiger Ansicht nach wird also der Begriff des Absatzes durch jede rechtsgeschäftliche Besitzübertragung erfüllt. Aus der hier vertretenen Ansicht folgt weiter, daß die Zuführung eines Entgelts in des Vermögen des Absetzenden unnötig, ferner daß es gleichgültig ist, ob der Sachübernehmer ein dingliches Recht an der Sache erwirbt, es kommt lediglich auf das tatsächliche Haben an, die Frage der Gutgläubigkeit spielt keine Rolle[107]).

Erfreulicherweise ist die herrschende Lehre[108]) bei der Frage

104) Gudewill, S. 53/54.

105) Olshausen N. 14 zu § 259; Ebermayer 3 c zu § 259; v. Liszt, S. 701; E 32, 214; 58, 155.

106) Richtig Binding, Lb., S. 390.

107) Beling, H., S. 76.

108) Olshausen N. 14 zu § 259; Ebermayer 3 c zu § 259; Frank, IV, 3 zu § 259; v. Liszt, S. 702; Gudewill S. 55; E 17, 392.

ob die Verpfändung der Sache als Absatz anzusehen ist, nicht so einseitig vom Laiensprachgebrauch ausgegangen, der auch hier Zweifel aufkommen lassen könnte. Gerade der Weg der Verpfändung ist für den Vortäter besonders bequem. Er umgeht dadurch die oft schwierige Veräußerung der Sache. Meist fehlt ihm auch die Absicht der Wiedereinlösung.

Bei der Auslegung des Begriffes „Mitwirken" sind wir nicht an die Begriffe der Teilnahmelehre gebunden, da es sich hiebei nicht um einen technischen Begriff handelt. Die herrschende Lehre, im besonderen die reichsgerichtliche Rechtsprechung, hat sich daher auch nicht an die Schranken des § 47 gebunden, versteht vielmehr unter Mitwirken jede im Bewußtsein der Ermöglichung, Förderung, oder Herbeiführung des Absatzes entfaltete Tätigkeit [109]). Das Reichsgericht insbesondere ist hiebei sehr weit gegangen. Bloße Vorbereitungshandlungen werden für ausreichend erachtet, so z. B. die zum Zwecke des Verkaufs vorgenommene Wertermittlung der Sache, Benennung eines Käufers, kommissionsweise Uebernahme von Sachen zum Zwecke des Verkaufs, die Erlaubnis, die abzusetzenden Waren in den Räumen des Mitwirkenden zu verwahren [110]) usf. Das Mitwirken zum Absatz soll aber auch dann noch möglich sein, wenn der Uebergang der Verfügungsgewalt auf den Erwerbern bereits eingetreten ist, so insbesondere im Falle der Einziehung des Kaufpreises nach Uebergabe der Sache [111]). Dem kann nicht beigepflichtet werden. Ein derartiges Verhalten ist nicht geeignet, den durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Zustand aufrecht zu erhalten. Dieser Erfolg ist vielmehr bereits mit der Sachübergabe eingetreten [112]).

Das Mitwirken kann in doppelter Gestalt erfolgen. Der Hauptfall ist der, daß der Hehler dem Sachinhaber bei der Veräußerung behilflich ist. Eine irgendwie geartete Verfügungsgewalt über die Sache braucht er nicht zu besitzen [113]). Dies kann auch durch ein Unterlassen geschehen, sofern nämlich eine Rechtspflicht

109) Ebermayer 3 c zu § 259; Olshausen N. 14 zu § 259; v. Liszt, S. 701/702; Gudewill, S. 55, E 40, 199; 53, 212; 57, 73.

110) R 8, 531; RG in Goltd.Arch. 64, 122; E 55, 58.

111) E 58, 155.

112) Richtig Frank IV, 3 zu § 259.

113) Binding, Lb., S. 391.

zum Handeln besteht[114]). Der Mitwirkende kann aber auch im eigenen Namen handeln und eine selbständige, leitende Tätigkeit entfalten[115]). Gleichgültig ist hiebei, ob der Sachinhaber Kenntnis von der Tätigkeit des Mitwirkenden hat, sofern sich dessen Handeln nur nicht gegen ihn richtet. Mit Recht sagt Beling[116]), der Ausdruck „Mitwirken" müsse im Sinne eines Minimalerfordernisses verstanden werden, bloße Mitwirkung genüge, aber Alleinbewirkung des Absatzes erfülle den Tatbestand erst recht.

Umstritten ist ferner, ob der Absatz tatsächlich eingetreten sein muß. Das Reichsgericht und ein Teil des Schrifttums[117]) verneinen dies, während die im Schrifttum überwiegende Meinung[118]) die Bewirkung des Absatzes fordert. Beide Auffassungen suchen ihre Rechtfertigung im Gesetzeswortlaut. Er allein kann jedoch diese Streitfrage nicht klären, denn der Ausdruck „Mitwirken zu deren Absatz" ist neutral. Der Zweckgedanke des § 259 gebietet jedoch, der engeren Auslegung den Vorzug zu geben. Die Perpetuierung des durch die Vortat geschaffenen Zustandes tritt erst mit dem Gelingen des Absatzes und dem damit verbundenen Besitzwechsel ein. Würde man jedoch mit dem Reichsgerichte das wirkliche Zustandekommen des Absatzes nicht fordern, so müßte angenommen werden, daß in diesem Falle der Versuch der Hehlerei mit der Strafe des vollendeten Verbrechens bedroht wäre. Mit Recht sagt Gretener[119]), der Mißgriff, den der Gesetzgeber dadurch begangen habe, daß er den Versuch der Hehlerei nicht unter Strafe gestellt habe, dürfe kein Motiv zur Interpretation des Gesetzes abgeben. Die Parallele zu den übrigen Handlungsformen, insbesondere dem Ansichbringen, gebietet vielmehr, der im Schrifttum vorherrschenden Auffassung beizupflichten. Die Ergebnisse der reichsgerichtlichen Praxis sind in der Tat widersinnig: Der Käufer einer vitiös erworbenen Sache ist straflos, wenn die Uebergabe der Sache unterbleibt. Der bei

114) E 58, 300.
114) V. Liszt, S. 702; E 44, 249/51; 54, 124.
116) H., S. 76.
117) E 40, 199; 56, 191/192; Olshausen N. 15 zu § 259; v. Liszt, S. 702.
118) Beling, H., S. 77; Binding, Lb., S. 391; Ebermayer 3 c zu § 259; Frank IV, 3 zu § 259; Gretener, S. 177; Gudewill, S. 61/63.
119) S. 177.

den Kaufbesprechungen Mitwirkende dagegen ist wegen Hehlerei, begangen durch Mitwirkung zum Absatz, zu bestrafen, selbst wenn es gar nicht zum Abschlusse des Kaufvertrages gekommen ist. Das Reichsgericht [120]) macht demgegenüber geltend, der Kaufinteressent befinde sich in einer ganz anderen Lage, als der beim Kaufabschluß Mitwirkende.

Durch die Worte „bei anderen" ist zum Ausdruck gebracht, daß der Absetzende und der Mitwirkende als Erwerber der Sache ausscheiden, ferner daß die Verteilung der Beute unter Mittätern nicht als Absatz gelten kann. Dagegen kann als „anderer" auch der frühere Vortäter in Frage kommen. Eine rein sprachliche Auslegung gebietet ferner nicht, den durch die Vortat Verletzten auszuschließen. Die ratio legis erfordert dies jedoch, da durch den Absatz an den Verletzten der durch die Vortat geschaffene, rechtswidrige Zustand nicht aufrechterhalten, sondern beseitigt wird [121]). Dieser Absatz enthält vielmehr einen neuen Eingriff in das Vermögen des Verletzten, der möglicherweise als Betrug bestraft werden kann [122]).

Wie schon erwähnt, ist es für die Bestrafung des Mitwirkenden als Hehler gleichgültig, ob der Erwerber sich durch die Uebernahme der Sache strafbar macht. Keineswegs kann jedoch hieraus gefolgert werden, daß dann, wenn der Erwerber eine strafbare Handlung begehe, das Mitwirken zum Absatze nur als Teilnahmehandlung an derselben bestraft werden könne, § 259 sei insoweit subsidiär [123]). Eine Tateinheit von Beihilfe zu der vom Sachübernehmer begangenen Straftat und Hehlerei ist durchaus möglich, nämlich dann, wenn der Mitwirkende sowohl den Absetzenden, als auch den Empfänger unterstützt [124]). Die einseitig dem Erwerber geleistete Unterstützung stellt jedoch nur eine Beihilfehandlung zu dem von jenem begangenen Delikte dar und kein „Mitwirken zum Absatze" [125]).

---

120) R 3, 815; E 56, 191.

121) Richtig Gudewill, S. 59. Anderer Ansicht E 30, 401; 54, 124.

122) Zu beachten ist jedoch, daß nur versuchter Betrug in Frage kommt, falls der Verletzte beim Ankaufe seine Sache wiedererkennt.

123) Beling, H., S. 75/76; Gudewill, S. 60.

124) Richtig E 44, 249; Olshausen N. 25 b zu § 246.

125) E 58, 263.

IV. Das Verhältnis der einzelnen Handlungsformen zueinander

Prozentuales:

Die Annahme, daß es sich in § 259 nicht um drei verschiedene Arten der Hehlerei, sondern um verschiedene Ausführungsarten, gleichwertige Modalitäten ein- und dasselben Verbrechens handelt, ist deshalb gerechtfertigt, weil die in § 259 aufgeführten drei Verhaltensweisen nur verschiedene Wege zur Verwirklichung desselben vom Gesetzgeber mißbilligten Erfolges darstellen[126]). Daraus folgt, daß schon vor der Novelle vom 28. Juni 1935 (§ 267 b STPO.) eine alternative Feststellung der verschiedenen Begehungsformen zulässig war[127]).

Diese Unselbständigkeit der verschiedenen Begehungsformen schließt jedoch nicht aus, daß derselbe Täter in bezug auf dieselbe Sache verschiedene Hehlereihandlungen in Tatmehrheit begehen kann, sofern nämlich der Hehler die einmal erlangte Verfügungsgewalt aufgegeben hat und hernach auf Grund neuen Vorsatzes wiederum in hehlerische Beziehungen zu derselben Sache getreten ist[128]).

Nachfolgendes Verheimlichen und Mitwirken zum Absatze wird im Verhältnisse zu einem vorhergehenden Ansichbringen regelmäßig als straflose Nachtat erscheinen, da es sich nur um Ausflüsse einer bereits bestehenden Verfügungsgewalt handelt[129]). Dies hat auch dann zu gelten, wenn der Hehler durch Pfandnahme an sich gebracht hat und sodann im Einverständnisse mit dem Vortäter die Sache ankauft und fortan als Eigenbesitzer besitzt, da der Gesetzgeber dem Ansichbringen und dem Zumpfandenehmen denselben deliktischen Unwert beimißt.

Da sich die Verteidigung eines wegen Hehlerei Angeklagten bei den einzelnen Begehungsformen sehr verschieden zu gestalten vermag, hat gemäß § 265 STPO. ein Hinweis auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes zu erfolgen, wenn das Urteil auf eine andere Begehungsform, als die im Eröffnungsbeschlusse zugrunde gelegte, gestützt werden soll[130]).

126) Beling, H., S. 77; Ebermayer 3 c zu § 259, E 56, 61.

127) E 56, 35/36.

128) E 50, 194/98; Olshausen N., 26 zu § 259. Anderer Ansicht Frank III zu § 259, der zwischen Hehlerei und Vortat ein Akzessorietätsverhältnis annimmt.

129) Unrichtig daher E 45, 65/67.

130) Reichsgericht in Goltd.Arch. Bd. 42, S. 395; 51, S. 354; Gudewill,

2. Kapitel.

Der subjektive Tatbestand.

§ 1. Die Schuldform.

Der Hehler muß wissen oder den Umständen nach annehmen müssen, daß die Sache durch eine strafbare Handlung erlangt wurde. Sofort nach dem Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches setzte der Streit um die Auslegung dieser Worte ein. Wir können zwei Gruppen unterscheiden. Nach der einen genügt in § 259 als Schuldform auch die Fahrlässigkeit. Die anderen dagegen lassen nur Vorsatz genügen. Innerhalb der einzelnen Gruppen finden sich wiederum verschiedene Auffassungen.

1. Deuten die Worte „oder den Umständen nach annehmen müssen" auf Fahrlässigkeit?

Die Verfechter der Ansicht[131]), daß Sachhehlerei fahrlässig begangen werden könne, führen zur Begründung insbesondere den Gesetzeswortlaut ins Feld. So sagt Merkel, der Unterschied zwischen Wissen und Annehmen einerseits und Annehmenmüssen andererseits „lasse sich nicht wegräsonieren". V. Buri geht sogar von einem „hätte annehmen müssen" aus und bejaht folgerichtig das Ausreichen von Fahrlässigkeit. Einen eigenartigen Weg geht v. Liszt[132]), der das Annehmenmüssen zum Kennenmüssen des BGB in Beziehung setzt und so zu dem Ergebnis kommt, die Streitfrage sei durch das Bürgerliche Gesetzbuch entschieden, das unter dem Kennenmüssen stets Fahrlässigkeit verstehe. Dem ist entgegenzuhalten, daß Strafrechtsbegriffe nur aus dem Strafrechtssystem heraus auszulegen sind, keinesfalls jedoch aus einem Gesetze, das — wie das BGB — 30 Jahre jünger ist.

Andere[133]) operieren mit der Entstehungsgeschichte und finden eine Stütze für ihre Ansicht in den Motiven zu den Entwürfen eines Strafgesetzbuches für die freie Hansestadt Bremen (!). Die Worte „oder den Umständen nach annehmen müssen" sollen dem § 439 des Entwurfs 1861 und dem § 414 des Entwurfs 1868 entnommen worden sein. Dort habe man aber die Fahrlässigkeit

131) V. Buri, S. 51, Waag, S. 257; Merkel, 3, S. 747; v. Liszt, S. 702/03; Rubo N. 4 zu § 259, A. Frank, S. 31 ff.

132) S. 703, Anm. 26.

133) Rubo N. 4 zu § 259.

bezeichnen wollen. Gegen diese Motivenargumentation ist allgemein zu sagen, daß einmal die Motive der lex lata in keiner Weise auf die Bremer Entwürfe Bezug nehmen und selbst wenn dies der Fall wäre, würde uns dies nicht zwingen, der lex lata die Bremensische Auslegung zugrunde zu legen [134]).

Die Vertreter der „Fahrlässigkeitstheorie" sind unter sich uneinig. Während nur v. Buri Fahrlässigkeit schlechthin genügen läßt, fordert A. Frank [135]) luxuria und führt zur Begründung aus, die Bremer Entwürfe sehen Geldstrafe bis zu 100 Talern vor, daraus, daß die lex lata nur Gefängnisstrafe kenne, müsse gefolgert werden, daß sie nur den höchsten Grad von Fahrlässigkeit begreife, eben den, der dem dolus am nächsten stehe. Eine höchst eigenartige Argumentation!

Merkel schließlich läßt culpa lata genügen, während v. Liszt der Ansicht ist, daß sich die Fahrlässigkeit nur auf die deliktische Herkunft der Sache beziehen dürfe, die hehlerische Handlung dagegen müsse vorsätzlich begangen werden.

Allen diesen Auffassungen ist der im Gesetzeswortlaut ruhende Ausgangspunkt gemeinsam, verschieden ist jedoch der Weg, auf dem sie den nach ihrer Ansicht vorhandenen Fehler des Gesetzes nicht zur vollen Auswirkung gelangen lassen wollen.

Unter den mannigfachen Gründen, die gegen diese Fahrlässigkeitstheorien ins Feld geführt werden, sind folgende hervorzuheben:

Fahrlässige Hehlerei paßt nicht in das System der lex lata. Fahrlässige Vermögensdelikte sind hier unbekannt. Mit Recht sagt Binding [136]), es sei nicht anzunehmen, daß dasselbe Gesetz, welches für die fahrlässige Tötung (§ 222) ein Strafmaß von höchstens 3 und nur ausnahmsweise (§ 222, Abs. 2) von 5 Jahren aufstellt, die fahrlässige Hehlerei, wenn es sie überhaupt unter Strafe stellen wollte, mit Gefängnis bis zu 5 Jahren bedroht haben würde. Ganz abgesehen davon könnte man einem Gesetzgeber kaum vorwerfen, die vorsätzliche und fahrlässige Begehungsart eines Delikts mit gleicher Strafe bedroht zu haben.

Am deutlichsten jedoch läßt § 262 erkennen, wonach bei jeder Verurteilung wegen Hehlerei auf Verlust der bürger-

134) So mit Recht Gudewill, S. 80; v. Bar 2, S. 822.
135) S. 31 ff.
136) Lb., S. 392.

lichen Ehrenrechte erkannt werden kann, daß die Hehlerei als eine ehrenrührige Straftat nur vorsätzlich begangen werden kann.

Diesen auf der Systematik der lex lata fußenden Gründen steht noch eine Reihe weiterer Argumente zur Seite: Die Strafrechtsgeschichte kennt einen Tatbestand der fahrlässigen Hehlerei nicht. Wenn die lex lata damit hätte Wandlung schaffen wollen, so hätten ihre Schöpfer dies wohl deutlicher zum Ausdruck gebracht, als durch die zweideutige Wendung „oder den Umständen nach annehmen müssen". Auch das Schuldmoment „seines Vorteils wegen" paßt schlecht zu einem Tatbestande der fahrlässigen Hehlerei.

Als in der Zeit der Geldentwertung die sog. Metallgesetze [137]) geschaffen wurden, trat der Streit der Meinungen um die Frage der fahrlässigen Hehlerei in ein neues, entscheidendes Stadium. Diese Gesetze brachten Tatbestände fahrlässiger Hehlerei und bekundeten hiedurch die Ansicht des Gesetzgebers, daß § 259 eine fahrlässige Hehlerei nicht kenne. Die neuen Bestimmungen wären sinnlos gewesen, wenn § 259 im Sinne der „Fahrlässigkeitstheorien" auszulegen wäre. Der Gedanke der systematischen Ganzheit aller strafrechtlichen Bestimmungen berechtigt uns daher, in den Metallgesetzen eine authentische Interpretation zu finden. Dies bewog auch Frank [138]), den Streit um die „Fahrlässigkeitstheorie" aufzugeben und in das Lager der „dolus-Theorien" überzugehen.

Wenn nun Heck [139]) neuerdings versucht, noch eine Lanze für die Fahrlässigkeitstheorie zu brechen, indem er ausführt, der Gesetzgeber habe die „Fahrlässigkeitstheorien" keineswegs mißbilligt, vielmehr nur die kriminalpolitisch unerwünschten Folgerungen der „dolus-Theorie" hinsichtlich des Metallhandels beseitigen wollen, so können wir ihm nicht zustimmen. Dadurch daß neue Spezialtatbestände fahrlässiger Hehlerei geschaffen wurden, wurde die Straflosigkeit der übrigen Fälle zugestanden. Das treffendste [140]) Argument jedoch gegen die Fahrlässigkeits-

137) Vgl. S. 20.
138) V. 1 zu § 259.
139) DJZ 1925, S. 427/28.
140) Vgl. auch die Fassung des durch die Novelle vom 24. Nov. 1933 eingefügten § 245 a. Es ist allerdings bestritten, ob § 245 a zu § 259 oder zu § 186 zu setzen ist.

theorien bietet der 8. Teil des ersten Kapitels der 4. Notverordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens vom 8. Dezember 1931, dessen § 3, Abs. 3 lautet: Wer eine angeordnete Anmeldung oder Ablieferung vorsätzlich unterläßt oder im Besitze von Gegenständen betroffen wird, von denen er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß sie der Anmeldung oder Ablieferung entzogen sind.... Wer die Tat fahrlässig begeht.....

Wir gelangen sonach zu dem Ergebnis: Die lex lata bedroht weit de lege ferenda eine Aenderung dieses Zustandes erstrebenswert erscheint, ist an anderer Stelle[141]) zu erörtern.

Im folgenden sei noch kurz auf diejenige Gruppe von Ansichten eingegangen, deren Anhänger für den Tatbestand des § 259 an dem Erfordernisse des Vorsatzes festhalten.

2. Die „dolus-Theorien“:

Wir können hier zwei Richtungen unterscheiden: Die eine[142]) erblickt in den Worten „oder den Umständen nach annehmen müssen“ eine Hervorhebung des dolus eventualis, gelangt somit zu einer materiell-rechtlichen Lösung der Frage. Am klarsten tritt diese Auffassung bei von Schwarze zutage, der ausführt, das Wort „weiß“ sei zu unbestimmt und treffe die meisten Fälle der Hehlerei nicht, der Käufer frage den Dieb nicht nach der Herkunft des gestohlenen Gutes und der Dieb sage es ihm auch nicht. Er rechne jedoch im Hinblick auf die besonderen Umstände des Angebotes, den niedrigen Kaufpreis usf., mit der Möglichkeit der deliktischen Herkunft der Sache und nehme diese in Kauf. Der Gesetzgeber habe daher dem Richter durch den genannten Zusatz einen Wink geben wollen, bei der Beurteilung jenes Wissens nicht zu engherzig zu sein[143]) und dort, wo die Umstände den Täter zur Annahme des strafbaren Vorerwerbs drängen mußten, mindestens dolus eventualis anzunehmen.

Diese Auffassung berücksichtigt nicht, daß im geltenden Rechte bei vorsätzlicher Begehungsweise der dolus eventualis immer eingeschlossen ist, mit Ausnahme der Fälle, wo er durch die Worte „wider besseres Wissen“ ausgenommen wurde. Auch ist

141) Vgl. S. 84.

142) V. Schwarze, S. 394; Gretener, S. 182; Löning, S. 10; Gudewill, S. 89.

143) So v. Bar 2, S. 821.

der Gesetzgeber bei der Schaffung der lex lata vom Typ eines mutigen und verantwortungsbewußten Richters ausgegangen, er hatte somit keine Veranlassung, für „engherzige" Richter besondere Hinweise zu geben.

Gerade in § 259 besteht am allerwenigsten Anlaß, den dolus eventualis besonders hervorzuheben, denn in den häufigsten Fällen liegt nur diese Form des Vorsatzes vor, da der Berufstäter stets vermeidet, eine sichere Kenntnis von der deliktischen Herkunft der von ihm angekauften Sachen zu erlangen, um für den Fall einer strafrichterlichen Verfolgung die Ausrede des Nichtwissens bereit zu haben.

Wir folgen daher der herrschenden Lehre [144]), die in der genannten Wendung eine widerlegbare Vorsatzvermutung erblickt und sonach zu einer prozessualen Lösung gelangt. Besonders klar bringt Beling dies zum Ausdruck: „Waren die Umstände objektiv derartig, daß sie auf einen vitiösen Erwerb hindeuten, so wird vermutet — bis zum Beweise des Gegenteiles —, daß der Täter die Vitiosität gekannt hat.

Dagegen wird eingewandt [145]), die lex lata kenne eine Vorsatzvermutung nur in wenigen Fällen. Dies schließt jedoch nicht aus, daß es sich in § 259 um eine Verschiebung des Beweisthemas handelt, nicht der Beweislast, sie hat auch hier der Ankläger, doch entledigt er sich ihrer schon dadurch, daß er den Vorsatz indizierende Umstände nachweist.

Ungenau ist es jedoch, diese Vorsatzvermutung als eine Beweisregel [146]) zu bezeichnen, denn eine Beweisregel im technischen Sinne liegt nicht vor, da sie nur bei Bewertung von Beweismitteln, die Vorsatzvermutung jedoch bei der Verwertung von Indizien Anwendung findet [147]).

Eine andere, prozessuale Lösung befürworten Mewes, STRZ, 13, S. 510; Hälschner S. 893. Nach ihnen enthält der fragliche Zusatz einen Hinweis auf die Zulässigkeit des Indizienbeweises. Sie vermag jedoch diesem Zusatze keinen rechten Sinn zu geben,

144) Ebermayer 5 a zu § 259; Olshausen N. 21 zu § 259; Berling, H., S. 92, das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung: E 7, 87; 39, 6; 55, 206, 215; 64, 415.

145) Gudewill S. 90.

146) E 7, 87.

147) Richtig Engelhard in JW 1930, S. 265, N. 34.

denn die Zulassung des Indizienbeweises folgt schon aus § 267, Abs. 1, Satz 2 STPO.

Aus alledem folgt, daß der Zusatz gänzlich überflüssig ist, der Gesetzgeber hätte jede Sinnstörung vermieden, wenn er gesagt hätte: Wer Sachen, von denen er weiß, daß.... wird bestraft.

Da es sich bei den Worten „den Umständen nach annehmen müssen" um die bloße Vermutung eines in Wirklichkeit vorhandenen Vorsatzes handelt, ist es irrig, eine alternative Feststellung dahingehend zu treffen, der Täter habe gewußt oder den Umständen nach annehmen müssen[148]). Mit Recht sagt Beling[149]) festzustellen sei stets, daß der Täter gewußt habe, nur könne diese Feststellung durch die Präsumtion motiviert werden.

Nicht unlogisch jedoch erscheint eine kumulative Feststellung dahingehend, der Angeklagte habe gewußt und den Umständen nach annehmen müssen, daß die Sache deliktisch erworben worden sei[150]), und zwar dann, wenn die Umstände dem Täter zur Zeit der Tat die Annahme der deliktischen Herkunft der Sache aufzwingen mußten und der Täter, wie aus seinem späteren Verhalten geschlossen werden kann, diesen Schluß auch wirklich gezogen hat. Der Richter beschreitet in diesem Fall zwei Wege, um zu einer Feststellung des Vorsatzes zu gelangen.

Nachdem wir im vorhergehenden uns für die Schuldform des Vorsatzes entschieden haben, ist im folgenden von dessen Inhalt zu handeln:

Die Kenntnis des Hehlers muß einmal die Vortat betreffen. Nimmt der Täter daher irrtümlicherweise an, die Sachen seien deliktisch erworben, so ist ein wegen § 43, Abs. 2 starfloser Versuch gegeben[151]).

Die Vortat in ihrer konkreten Gestaltung braucht dem Täter ebensowenig bekannt zu sein, wie die Person des Vortäters[152]). Ein Irrtum über deren rechtliche Qualifikation ist daher unbeachtlich. Wohl aber muß der Hehler wissen, daß die Vortat zur

148) So vielfach das Reichsgericht: E 22, 216; 35, 299; 55, 208.

149) H., S. 93, Anm. 2, ihm folgend Gudewill S. 93/94.

150) Anders das Reichsgericht in E 55, 208; richtig jedoch im Recht 1930, Nr. 457.

151) Anders nach E 64, 130 bei §§ 260, 261.

152) Ebermayer, 5 a zu § 259; Beling, H., S. 81; E 10, 155; 55, 234; 57, 43.

Zeit der Vornahme der hehlerischen Handlung abgeschlossen ist[153]), denn vor diesem Zeitpunkte kann von einer Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustandes nicht die Rede sein. Eine Bestrafung wegen Hehlerei kann daher in diesen Fällen aus subjektiven Gründen nicht erfolgen, desgleichen aber auch keine solche wegen Teilnahme am Vordelikt, da es insoweit um objektiven Tatbestande mangelt. Von der subjektiven Versuchstheorie aus gelangt man zu einer Bestrafung wegen versuchter Teilnahme am Vordelikt, während der Täter nach der objektiven Versuchstheorie straffrei ausgeht.

Die Kenntnis des Hehlers muß sich weiter auf eine der in § 259 bezeichneten Tätigkeiten beziehen. Ein Irrtum in der Qualifikation muß auch hier belanglos erscheinen[154]).

Aus dem Erfordernis des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit folgt weiter, daß der Hehler wissen muß, daß er einen dem Rechte widersprechenden Zustand aufrechterhalte. Glaubt er daher, das vitium sei infolge des Erwerbs der Sache durch einen bona fidei possessor geheilt, so mangelt es ihm am Bewußtsein der Richtswidrigkeit[155]). Die Kenntnis von der deliktischen Herkunft der Sache muß in dem Zeitpunkte vorhanden sein, in dem der Täter die in § 259 bezeichnete Handlung vornimmt. Es erhebt sich daher die Frage, ob durch erst später eintretenden bösen Glauben der Tatbestand des § 259 verwirklicht werden kann, dadurch, daß der jetzt bösgläubige Besitzer die Sache weiter in seinem Gewahrsam behält. Das bloße Weiterbehalten der Sache nach Eintritt der Bösgläubigkeit stellt sich als ein an sich unbeachtliches Unterlassen dar, anders dann, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht[156]). Dagegen kann sich auch der anfänglich gutgläubige Sachinhaber durch Ausführung einer neuen Hehlerhandlung der Hehlerei schuldig machen. In Frage kommen kann jedoch nur das Verheimlichen[157]), da das

153) Beling, H., S. 81; Gudewill S. 95.

154) Beling, H., S. 81.

155) Richtig Beling, H., S. 83; Gudewill S. 98/99; anders das Reichsgericht in E 5, 58: Strafrechtsirrtum.

156) Beling, H., S. 82, Anm. 4.

157) Anders das Reichsgericht in E 55, 87: Ansichbringen zu Eigenbesitz bei zuvor gutgläubiger Inpfandnahme.

Ansichbringen bereits auf nicht strafbare Weise erfolgte[158]) und ein Mitwirken zum Absatz nur bei fremder Veräußerung möglich ist. Voraussetzung ist allerdings, daß der Täter nicht zuvor unanfechtbares Eigentum erworben hat.

§ 2. Das subjektive Schuldmoment: Seines Vorteils wegen.

I. Die Rechtsnatur des Vorteilsmomentes:

Von Vorwerfbarkeit oder Schuld im weiteren Sinne kann nur dann die Rede sein, wenn in der Person des Täters gewisse Voraussetzungen gegeben sind, wir nennen sie gewöhnlich Handlungsfreiheit, Zurechnungsfähigkeit, Schuld im engeren Sinne, d. h. Vorsatz und Fahrlässigkeit, schließlich negativ, die Abwesenheit von Schuldausschließungsgründen.

Die Strafrechtsdogmatik ist jedoch hiebei nicht stehen geblieben. Hegler[159]) und Mezger[160]) haben uns einmal aufgezeigt, daß die bei der Definition des Verbrechensbegriffs meist geübte Aufteilung in Rechtswidrigkeit = auf objektivem Gebiete, Schuld im weiteren Sinne = auf subjektivem Gebiete liegend, bei gewissen Delikten der lex lata versagt. Hegler[161]) bezeichnet eine Gruppe von diesen als Delikte mit überschießender Innentendenz, deren Tatbestände so aufgebaut sind, daß auf der Innenseite etwas gefordert wird, dem objektiv nichts gegenüberstehen muß: Typus §§ 242, 263. Er gelangt so zu der allgemeinen Erkenntnis, daß nicht alles Subjektive zur Schuld im weiteren Sinne gehört. Jene subjektiven Momente bedingen vielmehr erst die Sozialschädlichkeit des Täterverhaltens. So kann derjenige, der eine fremde Sache wegnimmt in der Absicht, sie nur zu gebrauchen, jedoch später wieder dem Eigentümer zurückzugeben, nicht als Dieb bestraft werden, da er nicht interesseverletzend handelt.

158) Herrschende Meinung: Binding, Lb., S. 393; Frank V, 1 zu § 259; Gudewill S. 100; das Reichsgericht in Goltd.Arch. Bd. 69, S. 108, E 33, 120; 57, 152. Anderer Meinung v. Liszt, S. 703.

159) M., S. 31 ff., Rechtswidrigkeitsmomente, S. 251 ff.

160) GerS. Bd. 89, S. 207 ff.

160) GerS. Bd. 89, S. 207 ff.

161) M., S. 31.

Hegler[162]) hat jedoch weiter nachgewiesen, daß nicht alle derartigen subjektiven innerlichen Momente subjektive Rechtswidrigkeitsmomente darstellen, daß es vielmehr auf der Schuldseite, speziell neben dem Vorsatz gewisse Attribute gibt, subjektive Schuldmomente oder subjektive Strafbarkeitsbedingungen. Es handelt sich bei ihnen um Steigerungsmomente des Vorsatzes, um eigenartige Färbungen der Schuld als Vorwerfbarkeit, die mit den objektiven Strafbarkeitsbedingungen auf eine Stufe gestellt werden können.

Zu ihnen rechnet er das Vorteilsmoment in § 259, während Mezger a. a. O. dieses zu den subjektiven Unrechtselementen zählt. Mit Recht betont jedoch Hegler, daß zum Wesen der subjektiven Unrechtselemente gehöre, daß sie die Rechtswidrigkeit bedingen, während dies bei § 259 nicht der Fall sei. Eine Weglassung des Vorteilsmoments ändere das Gesicht des Hehlereitatbestandes nicht, wie § 350, Abs. 1 des Entwurfs 1927 beweise. Mit andern Worten: die subjektiven Strafbarkeitsbedingungen oder Schuldmomente[163]) setzen die Rechtswidrigkeit voraus, während die subjektiven Unrechtselemente diese erst begründen.

II. Der Sprachgebrauch versteht unter Vorteil jede, wenn auch nur vorübergehende günstigere Gestaltung der Lebensverhältnisse[164]). Diese kann mannigfacher Art sein: Ersparung von Auslagen, Abwendung, sonstige Nachteile[165]). Aus der Natur des Vorteilsmoments als einer Qualifikation des Vorsatzes und eines Steigerungsmoments folgt weiter, daß es nicht genügt, wenn der Täter nur annimmt, daß aus seinem Handeln unter gewissen Umständen ein Vorteil entspringen könnte. Das Vorteilsmoment muß vielmehr im Motivationsprozeß des Täters eine ausschlaggebende Rolle gespielt haben und die „Triebfeder“[166]) seines Handelns gewesen sein.

162) Rechtswidrigkeitsmomente, S. 251 ff., S. 291.

163) Ein subjektives Schuldmoment ist übrigens auch die „Ueberlegung“ in § 211, wo mit Rücksicht auf dasselbe ein Sonderdelikt geschaffen wurde. Aehnlich „aus Eigennutz“ in § 180, oder die „gewinnsüchtige Absicht“ des § 266, Abs. 2 a. F., vgl. Hegler, Rechtswidrigkeitsmomente S. 306/07.

164) Frank V, 3 zu § 259, Olshausen, N. 19 zu § 259; E. 50, 308; 51, 179; 54, 341.

165) E 54, 338: Abwendung einer drohenden strafgerichtlichen Verfolgung.

166) E 54, 342.

Was die Art des erstrebten Vorteils anbetrifft, so ist bestritten, ob § 259 nur Vermögensvorteile oder Vorteile schlechthin begreift. Binding[167]) u. a. verlangen stets einen Vermögensvorteil, um „nicht durch eine allzu weite Ausdehnung des Gebiets der Strafbarkeit ins Schrankenlose zu fallen", denn um irgendeines Vorteils willen — und bestehe er auch nur darin, den Quälgeist des Motives zur Ruhe zu bringen — werde jede Handlung vorgenommen. Dieses von Binding befürchtete Ergebnis vermeiden wir jedoch dadurch, daß wir nicht in jedem persönlichen Verlangen einen Vorteil erblicken. Derjenige, der aus Feindschaft zum Bestohlenen die vom Diebe gestohlene Sache verheimlicht, empfindet bei dieser Tätigkeit ein Lustgefühl und befriedigt ein persönliches Interesse, ohne jedoch seines Vorteils wegen zu handeln. Die Verkehrsanschauung ist die wirksamste Schranke gegen eine allzu weite Ausdehnung des Vorteilsbegriffes[168]).

Daher ist der herrschenden Lehre[169]) beizupflichten, wenn sie auch Vorteile anderer als vermögensrechtlicher Art genügen läßt. Für diese Auffassung sprechen noch andere Gründe, als nur der rein kriminalpolitische, die Strafbarkeit der Hehler nicht übermäßig einzuschränken. Einen Hinweis bietet einmal die Entstehungsgeschichte des § 259, da bei den Vorarbeiten zum Preußischen Strafgesetzbuche von 1851, dem Vorgänger der lex lata, ein Antrag auf Annahme des Begriffs „Gewinnsucht" mit der Begründung verworfen wurde, jeder egoistische Beweggrund, auch ohne Gewinnsucht, sei strafwürdig[170]). Auch systematische Gründe stützen die herrschende Auffassung. In den §§ 266, Abs. 2 a. F., 268, 302 a — c, 331, 332, 334, 349 spricht das Gesetz von „Vermögensvorteilen", während in § 49 a (Duchesne-§) von Vorteilen irgendwelcher Art die Rede ist.

Da also § 259 eine Beschränkung auf Vermögensvorteile nicht erfordert, handelt seines Vorteils wegen auch derjenige, der sich einen ideellen oder sinnlichen Genuß verschafft, sofern hiemit eine vorteilhaftere Gestaltung der Lebensverhältnisse ver-

167) Lb., S. 383, Gretener S. 179, Merkel 3 S. 742 Anm. 1.

168) Ebermayer 6 zu § 259, Olshausen N. 19 zu § 259, v. Liszt S. 702.

169) Ebermayer 6 zu § 259, Olshausen N. 19 zu § 259, Frank V, 3 zu § 259, Beling, H., S. 49; Gudewill, S. 65 ff.; E. 4, 48/49; 46, 65; 54, 341; 58, 122.

170) Gudewill S. 65.

bunden ist. Dies ist der Fall bei einer Besserung der sozialen Stellung, der Erlangung eines Ordens [171]), der Gestattung des Geschlechtsverkehrs.

Regelmäßig allerdings wird es sich um Vermögensvorteile handeln. Nimmt der Hehler Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens vor, so ist zu beachten, daß eine von ihm entrichtete Gegenleistung das Vorteilsmoment nicht beseitigt, sofern er dadurch einen Vorteil für sich erhofft [172]). Ein Ankauf der Sache unter dem handelsüblichen Preise ist hiezu nicht erforderlich, in manchen Fällen auch nicht ausreichend, da dies nicht notwendig aus Eigennutz zu geschehen braucht [173]).

Aber auch eine übermäßig hohe Gegenleistung des Hehlers schließt unter Umständen das Vorteilsmoment nicht aus; ein interessanter Fall findet sich in E 50, 308/309, wo der Hehler ohne Genehmigung des Kommunalverbandes beschlagnahmten Weizen zur Verfütterung an Vieh ankaufte. Den Vorteil erblickte das Reichsgericht darin, daß er mehr bekam, als andere Viehhalter bei der bestehenden Zwangswirtschaft erhalten konnten.

Aus dem Gesagten folgt jedoch, daß von einer günstigeren Gestaltung der Lebensverhältnisse einer Person dann nicht gesprochen werden kann, wenn sie in der Lage ist, durch den Erwerb gleichartiger, unbeschränkt zur Verfügung stehender Sachen zu normalen Bedingungen ihre Bedürfnisse zu befriedigen [174]), es sei denn, daß der Vorteil aus einem günstigeren Weiterverkauf entspringen sollte [175]).

Am Moment des Eigennutzes fehlt es jedoch, wenn der Täter aus Furcht vor einem drohenden Uebel handelte [176]).

Aus einem Vergleich mit den §§ 253, 263 folgt ferner, daß der vom Hehler erstrebte Vermögensvorteil kein rechtswidriger zu sein braucht. Daher ist auch derjenige als Hehler zu bestrafen, der zur Sicherung einer Darlehensforderung vitiös erworbene Sachen zum Pfande nimmt, sofern er sich dadurch für seine Forderung eine höhere Sicherheit verspricht. Auch der Dienst-

171) RG in Goltd.Arch. 56, S. 537, im Recht 27 Nr. 952.
172) E 3, 167.
173) R 3, 61.
174) Ebermayer, 6 zu § 259, E 58, 122.
175) RG in JW 1924 S. 1527, N. 8.
176) E 54, 342.

mann ist Hehler, der gegen die übliche Vergütung durch den Transport gestohlener Sachen zu deren Absatz mitwirkt [177]).

Schließlich darf nicht gefordert werden, daß der Vorteil unmittelbar durch die Hehlerei erstrebt sein müsse. Vielfach wird er erst durch die spätere Weiterveräußerung der Sachen zu höherem Preise erzielt [178]). Der Vorteil braucht auch nicht unmittelbar aus den erlangten Sachen gezogen zu sein. Mit Recht hat daher das Reichsgericht [179]) den Wirt als Hehler betrachtet, der den Verkauf gestohlener Sachen in seinem Lokale duldete, um weiterhin an den Zechen der Diebe zu verdienen.

Daraus, daß mit dem Schuldmoment des Vorteils auf der objektiven Seite des Täterverhaltens nichts korrespondieren muß, folgt, daß es gleichgültig ist, ob der Vorteil tatsächlich erworben wurde, weiter auch, ob dieser Erfolg etwa deshalb nicht eingetreten ist, weil der Täter bei seiner Motivation von irrigen Vorstellungen ausging [180]).

Das Gesetz verlangt endlich im Gegensatz zu den Tatbeständen der §§ 253, 263, daß der Hehler s e i n e n Vorteil erstreben muß. Wer also nur um eines Dritten willen handelt, ist nicht Hehler [181]). S e i n e s Vorteils wegen handelt jedoch derjenige, der durch sein Handeln zugleich einen Dritten fördern will, so der Angestellte, der für seinen Chef Waren einkauft, um dadurch eine Erhöhung seines Gehalts zu erreichen [182]).

Auf S. 57 bereits wurde die Frage angeschnitten, ob derjenige seines Vorteils wegen handelt, der deliktisch erworbene Sachen an sich bringt, die ihm ein zum Unterhalte Verpflichteter in Erfüllung seiner Unterhaltspflicht zukommen läßt.

Die Frage ist lebhaft umstritten und wird schlechthin verneinend beantwortet von Köhler [183]). Er ist der Ansicht, es bedeute keinen Vorteil, wenn jemand das bekomme, was er zu beanspruchen habe. Diese Auffassung ist u. E. unhaltbar, da sie von einer rein zivilrechtlichen Betrachtungsweise ausgeht. Mit

177) Gudewill, S. 69.
178) Ebermayer, 6 zu § 259, Olshausen N. 19 zu § 259, E 3, 167.
179) E 51, 97: Steigerung des Warenumsatzes, 53, 179/80.
180) Ebermayer, 6 zu § 259, E 56, 98.
181) E 27, 342.
182) Ueber die Frage, wann der Angestellte im Geschäftsbetriebe angekaufte Sachen „an sich bringt", vgl. S. 57.
183) S. 121/122.

Recht hat daher das Reichsgericht[184]) das Moment des Vorteils als gegeben angesehen, wenn der Unterhaltsberechtigte vitiös erworbene Sachen annimmt und nur infolgedessen eine Erfüllung seines Unterhaltsanspruches in dem gegebenen Umfange möglich war. Aber dies muß erst recht gelten, wenn die Erfüllung des Unterhaltsanspruches ohne das Vorhandensein deliktisch erworbener Sachen überhaupt unmöglich wäre. Der Unterhaltsberechtigte steht in diesem Falle auch zivilrechtlich nicht günstiger, als ein beliebiger Dritter, da § 1603 BGB ihm nur bei Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten einen Anspruch gibt. Gudewill[185]) gibt ein treffendes Beispiel: Frau und Kinder, die den ganzen Tag über hungernd und frierend zu Hause sitzen, stürzen sich gierig auf ein paar gestohlene Lebensmittel, die der Mann abends nach Hause bringt. Sie wissen ganz genau, daß sie ohne die Annahme der gestohlenen Sachen lange auf die Erfüllung ihres im Hinblick auf § 1603 BGB ohnehin zweifelhaften Anspruches warten könnten.

Gretener[186]) will de lege ferenda eine dem § 257, Abs. 2 ähnliche Bestimmung empfehlen und auf diesem Wege zur Straflosigkeit der Angehörigen des Vortäters gelangen.

4. Abschnitt:

Qualifizierte Fälle der Hehlerei.

§ 1. Die gewerbs- und gewohnheitsmäßige Hehlerei.

Die gewerbs- und gewohnheitsmäßige Hehlerei des § 260 ist als Verbrechen ausgestaltet und wird mit Zuchthaus bestraft, im Gegensatz zu § 259, der in Anlehnung an den Strafrahmen des Diebstahls nur Gefängnisstrafe vorsieht. Daraus folgt, daß auch der Versuch der gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Hehlerei strafbar ist, § 43, Abs. 1. Da das Gesetz unter den Begriff der Hehlerei auch die sogenannte Personenhehlerei begreift, so findet § 260 auch auf die Fälle des § 259 Anwendung.

184) JW 1924 S. 100, N. 3, im Recht 10 S. 194.
185) S. 73.
186) S. 185/186.

Die lex lata gibt keine Definition der Begriffe der Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit. Es war daher dem Schrifttum und der Praxis überlassen, diese vorzunehmen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts [1]) wird eine strafbare Handlung dann gewohnheitsmäßig verübt, „wenn ihre Verwirklichung den Ausfluß eines durch Uebung entwickelten Hanges zu ihrer Begehung bildet. Erforderlich ist also einmal die wiederholte Verübung des bestimmten Vergehens oder Verbrechens und weiter die gerade dadurch erworbene, bleibende Seelenverfassung des Täters, die ihn zu einer ständigen Wiederholung derselben Straftat führt."

Es handelt sich also um ein objektiv-subjektiv zu fassendes Merkmal. Eine objektive Situation muß vorgelegen haben, nämlich die Begehung des Vordeliktes, daraus muß sich für den Täter eine subjektive Lage, der Hang zur Verbrechensbegehung ergeben [2]). Dieses subjektive Moment ist jedoch nicht dem Vorsatz zuzurechnen, bildet vielmehr die seelische Grundhaltung, aus der immer wieder Vorsätze zur Verübung gleicher Handlungen hervorwachsen. Dieses seelische Band ist es auch, das verhindert, daß die Selbständigkeit des Vorsatzes im Einzelfalle zu einer Mehrheit selbständiger, gewohnheitsmäßig begangener Straftaten führt [3]).

Gewohnheitsmäßigkeit liegt daher dann nicht vor, wenn der Täter aus Furcht oder auf Grund bindenden Befehles handelt [4]).

Im Gegensatz zur Gewohnheitsmäßigkeit, die begrifflich eine Mehrheit von Handlungen erfordert, ist bei der Gewerbsmäßigkeit ein rein subjektives Merkmal gegeben und die Begehung eines Vordeliktes nicht erforderlich. Sie liegt dann vor, wenn eine strafbare Handlung mit dem Willen begangen wird, die Handlung zu wiederholen und sich aus der wiederholten Begehung eine Einnahmequelle zu verschaffen [5]).

Daß der Täter mit einer konkreten Handlung nur mittelbar

1) E 5, 369; 39, 308; 58, 25; 59, 142.

2) Hegler, Rechtswidrigkeitsmomente, S. 254, Anm. 4: Es handelt sich um ein objektives Moment, das auf die Täterpsyche gewirkt hat, ein subjektives Strafverschärfungsmoment im Bereich der Schuld im weiteren Sinne.

3) E 59, 143.

4) E 39, 308.

5) Ebermayer 3 zu § 260; Olshausen N. 2 zu § 260; v. Liszt S. 341; E 26, 5; 53, 154; 58, 19.

einen Vorteil erstrebt, schließt das Vorliegen der Erwerbsabsicht nicht aus. Nach Reichsgericht[6]) soll dies sogar dann zutreffen, wenn das eigennützige Moment im Einzelfalle nicht Motiv des Handelns war.

Andererseits genügt für die Feststellung der Gewerbsmäßigkeit nicht, daß der Ankauf der deliktisch erworbenen Sachen im Gewerbebetrieb des Täters erfolgte. Hinzukommen muß noch, daß beim Ankauf die Absicht vorlag, durch wiederholten Ankauf sich eine Erwerbsquelle zu verschaffen[7]).

Aus dem Bestreben des Täters, sich durch wiederholte Begehung eine Erwerbsquelle zu verschaffen, folgt jedoch nicht, daß er mit einem nicht fest begrenzten Kreis von Vortätern in Verbindung treten oder daß es sich um Vermögensverletzungen verschiedener Personen handeln muß[8]).

Bei der Gewerbs-, wie bei der Gewohnheitsmäßigkeit[9]) kann der Nachweis des zuvor erwähnten subjektiven Momentes auch durch Heranziehung bereits abgeurteilter Fälle geführt werden. Es ist daher nicht erforderlich, daß mehrere Fälle zur Aburteilung stehen[10]). Ja sogar verjährte oder begnadigte Fälle können berücksichtigt werden. Das Reichsgericht[11]) läßt auch zu, daß rechtskräftige Fälle herangezogen werden, in denen Freisprechung erfolgte, wenn der neu urteilende Richter über jene Taten eine andere Auffassung gewinnt. Besonders weit geht Beling[12]), der sogar Handlungen heranzieht, die infolge eines Unrechtsausschließungsgrundes der Rechtswidrigkeit entbehren. Entscheidend ist demnach, ob aus der früheren Betätigung auf das Vorliegen des subjektiven Momentes beim Täter geschlossen werden kann.

Gemeinsam für die gewerbs- und gewohnheitsmäßige Hehlerei ist sodann, daß sie als Kollektivdelikt unter den Begriff der juristischen Handlungseinheit fallen. Alle, auf Grund derselben Willensrichtung begangenen Handlungen werden zu einer strafbaren Handlung zusammengefaßt, woraus folgt, daß sich die Be-

6) RG in Goltd.Arch. 56, S. 73.
7) E 53, 155/156.
8) RG in DJZ 30, S. 346; E 58, 25.
9) Ueber die Möglichkeit tateinheitlichen Zusammentreffens zwischen Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit vgl. Ebermayer 8 zu § 261.
10) V. Liszt S. 342, E 58, 20.
11) E 33, 303.
12) H., S. 53.

strafung auf alle, vor der Verurteilung liegenden, auch dem Gericht unbekannten Einzelhandlungen erstreckt [13]).

Gewisse Berührungspunkte bestehen mit der fortgesetzten Handlung. Auch hier werden Einzelhandlungen durch das Gesetz zur Einheit zusammengefaßt, während jedoch beim fortgesetzten Delikt der Gesamtvorsatz das Einheit schaffende Moment darstellt, ist dies beim Kollektivdelikt die beim Täter vorhandene, seelische Grundhaltung, während die Einzelhandlungen mit selbständigem Vorsatze begangen werden [14]).

Daraus folgt jedoch nicht, daß Fortsetzungs- und Kollektivzusammenhang einander ausschlössen, sie können gänzlich zusammenfallen. Das Reichsgericht [16]) geht neuerdings sogar soweit, bei fortgesetzter Hehlerei regelmäßig auch den „Vorsatz der gewerbsmäßigen Hehlerei" zu bejahen, ein Zusammentreffen liege nur dann nicht vor, wenn von vornherein nur eine sachlich und zeitlich begrenzte Zahl von Einzelhandlungen begangen werden soll, da es dann an der Absicht fehle, eine Einnahmequelle von einer gewissen Dauer zu schaffen.

Die dem Kollektivtäter eigentümliche, seelische Grundhaltung berechtigt uns, Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit als straferhöhende Eigenschaften im Sinne des § 50 zu betrachten [15]).

§ 2. Die Rückfallhehlerei.

Das Verbrechen der Rückfallhehlerei im Sinne des § 261 bezieht sich wie § 260 auch auf die Personenhehlerei des § 258. Ein erhöhtes Strafminimum — Zuchthaus nicht unter 2 Jahren — ist dann vorgesehen, wenn die Rückfallhehlerei sich auf einen schweren Diebstahl, einen Raub oder eines der Verbrechen nach §§ 249/252, 255, 253 als Vortat bezieht, § 261, Abs. 1. Schwierig

13) Anders jedoch im Falle der Freisprechung, da hier die Möglichkeit, daß die dem Richter nicht bekannten Fälle im Kollektivzusammenhang begangen wurden, offen bleibt, E 66, 26.

14) Zwei selbständige Verbrechen der gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Hehlerei sind daher nur denkbar, wenn nach Erlöschen des ersten Hanges sich später ein zweiter Hang entwickelt hat. E 59, 143.

15) Frank zu § 260, E 4, 184; 26, 4. A. M. Ebermayer 5 zu § 260, der die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit für einen strafbegründenden Umstand hält, der in der Person derjenigen Teilnehmer wirke, denen er bekannt sei.

16) DStR. 1936, Heft 3, S. 104.

ist die teleologische Erfassung des Rückfalls. Nach Thierfelder[17]) handelt es sich hiebei um ein Zweifaches: Einmal der Warnungsgedanke. Der Täter soll infolge seiner Vorstrafen verstärkte Hemmungsvorstellungen überwinden. Aus dieser Warnungswirkung ergibt sich weiter eine Schuldsteigerung. Es liege sonach ein objektiv gefaßtes Schuldmerkmal vor[18]).

Bestritten ist das Vorliegen von Idealkonkurrenz beim Zusammentreffen von Rückfallhehlerei mit gewerbsmäßiger Hehlerei. Die im Schrifttum herrschende Meinung[19]) bejaht das Vorliegen von Idealkonkurrenz und wendet daher § 261, Abs. 1 an, wenn sich die Handlung auf eines der dort bezeichneten Verbrechen als Vortat bezieht, in den sonstigen Fällen § 260, da dieser keine mildernden Umstände kennt und daher die schwerere Strafdrohung darstellt. Das Reichsgericht[20]) lehnt Idealkonkurrenz ab, weil § 261 keinen selbständigen Verbrechenstatbestand darstelle, kommt jedoch zum selben Ergebnisse durch „Anpassung der Strafvorschriften der §§ 260, 261 aneinander".

5. Abschnitt.

Die Strafdrohung. Nebenfolgen.

In der Strafdrohung des § 259 zeigt sich am deutlichsten die Verselbständigung der Hehlerei gegenüber der Vortat. Er kennt nur Gefängnisstrafe und die lex lata hat es abgelehnt, etwa bei Uebertretungen als Vortaten durch Zulassung von Geld- oder Haftstrafe eine Brücke der Akzessorietät zu schlagen.

Im übrigen hat, wie Beling[1]) hervorhebt, der Strafrahmen des § 242 als Vorbild gedient. Der geschichtlich überkommene Grundsatz: Der Hehler ist so gut wie der Stehler, ist damit in der lex lata verankert worden. Das Strafgesetzbuch geht sogar noch weiter und erfaßt den Hehler noch schärfer als den Stehler. Denn § 262 gestattet neben jeder Verurteilung wegen Hehlerei die Verhängung der Polizeiaufsicht, während § 248 diese polizeiliche

17) Schuldmerkmale, S. 80.
18) Schuldmerkmale, S. 98.
19) Olshausen N. 3 zu § 261; Merkel 3 S. 748; Beling, H., S. 56; vgl. auch Frank VII, 1 a zu § 73.
20) E 66, 333/336.
1) H., S. 84.

Sicherungsmaßnahme [2]) nur neben der wegen Diebstahl erkannten Zuchthausstrafe vorsieht. Aus kriminalpolitischen Erwägungen heraus ist diese Schlechterstellung gerechtfertigt, denn das bloße Dasein des Hehlers bildet den Anreiz zu so manchem Diebstahl.

Die Schwere der Vortat wird jedoch in der Regel als Strafzumessungsgrund Berücksichtigung finden.

Nach §§ 262, 32 kann ferner auf die Nebenstrafe [3]) der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bei mindestens 3-monatiger Gefängnisstrafe sowie neben Zuchthausstrafe erkannt werden.

6. Abschnitt:

Konkurrenzfragen.

§ 1. Zusammentreffen von Hehlerei und Vortat.

War der Hehler als Alleintäter der Vortat tätig und begeht er anschließend während der Fortdauer seiner durch die Vortat geschaffenen Beziehung zur Sache eine Hehlerhandlung, so wird die nachfolgende Hehlerei als straflose Nachtat durch die Vortat konsummiert. Als eine solche Hehlerhandlung käme nur ein „Verheimlichen" in Frage, da die übrigen Handlungsformen ausscheiden, wie auf S. ?? dargelegt wurde. Ein derartiges Verheimlichen stellt aber nur einen Ausfluß der bereits an der Sache bestehenden Verfügungsgewalt dar [1]).

Anders liegt die Rechtslage, wenn der Vortäter die durch die Vortat geschaffene Beziehung zur Sache wieder gelöst, etwa dieselbe weiter veräußert hatte und hernach durch eine Hehlerhandlung erneut in Beziehung zu ihr tritt. Eine straflose Nachtat ist hier nicht gegeben, da von einer bloßen Fortführung der durch die Vortat begangenen Rechtsverletzung nicht die Rede sein kann und der Vortäter insoweit nicht anders zu behandeln ist, als ein beliebiger Dritter [2]). In diesen Fällen trifft § 74 zu. Der Satz,

2) Frank, S. 72, I.

3) Frank I zu § 32.

1) Herrschende Lehre: Frank VI, 1 zu § 259; Gudewill S. 106/107; v. Liszt S. 703; E 34, 305; 60, 372.

2) Frank VI, 1 zu § 259; Binding, Lb., S. 391.

der Vortäter könne zwar Hehler sein, jedoch den Reigen der Hehler nicht eröffnen, gilt u. E. nicht ausnahmslos. In den Fällen, in denen der Vortäter bei der Begehung der Vortat zugunsten eines Dritten tätig wurde, §§ 253, 263, schafft er durch eine nachfolgende Hehlerhandlung eine andersgeartete Beziehung zur Sache, soweit er hiebei zu seinen eigenen Zwecken tätig wird, etwa die Sache an sich bringt [3]).

Da aus dem Wesen der Mittäterschaft folgt, daß der durch die Vortat geschaffene, rechtswidrige Zustand jedem Mittäter als Ganzes zugerechnet wird, wird auch bei ihm die nachfolgende Hehlerei durch die Vortat aufgezehrt [4]). Dieser Satz gilt ausnahmslos. Wir können daher Olshausen [5]) nicht beipflichten, der Hehlerei des Mittätern für möglich hält, wenn dieser den übrigen Mittätern nach Verteilung der Beute ihre Anteile abkauft. Mit Recht folgert demgegenüber das Reichsgericht [6]), die einmal eingetretene Beziehung des Mittäters zu den gestohlenen Sachen könne auch durch eine Verteilung derselben nicht wieder rückgängig gemacht werden.

Die mannigfachen Beziehungen, die zwischen dem Dieb und seinem „Zuhälter", dem Hehler, bestehen, werden vielfach so gestaltet sein, daß nicht nur das bloße Dasein des Hehlers, die Wahrscheinlichkeit eines späteren, günstigen Absatzes, den Dieb zur Begehung der Vortat anreizt, sondern daß dieser selbst an der Begehung der Vortat als Gehilfe oder Anstifter teilnimmt, sei es auch nur in der Form der psychischen Beihilfe. Wie sich in diesen Fällen die Beantwortung der Konkurrenzfrage gestaltet, ist lebhaft umstritten.

Die herrschende Lehre [7]) betrachtet Anstifter und Gehilfen als Dritte im Verhältnis zum Vortäter und gelangt so zu einer Bestrafung derselben wegen Hehlerei, während Gudewill [8]) für Straflosigkeit der Vortat-Teilnehmer eintritt, da „sich ihre Schuld

3) A. M. Gudewill S. 106.

4) Herrschende Lehre: Ebermayer 8 zu § 259; Frank VI, 2 zu § 259; Gudewill S. 107; E 34, 304; 54, 34/35.

5) N. 27 zu § 259.

6) E 34, 304.

7) Olshausen N. 27 zu § 259; Beling, H., S. 85; Gretener S. 187; R 6, 222; E 8, 371; 59, 131.

8) S. 114.

durch die Teilnahme am Vordelikt erschöpft habe". Binding [9]) kommt zu demselben Ergebnisse, aber nur bezüglich des Anstifters und auch hier nicht ausnahmslos, sondern nur für den Fall, daß dieser von vornherein die Absicht verfolgte, die Sachen vom Vortäter zu erwerben [10]). Frank [11]) schließlich vertritt eine Mittelmeinung. Er bestraft die Teilnehmer dann wegen Hehlerei, wenn die Vortat kein Vermögensdelikt darstellt, denn alsdann seien diese noch nicht wegen der vermögensrechtlichen Seite der Tat getroffen.

Der herrschenden Lehre ist jedoch beizupflichten. Der Teilnehmer bewirkt durch seine Tätigkeit ein Doppeltes: Einmal führt er den Erfolg des Vortäters herbei, ohne dadurch in eine unmittelbare Beziehung zu der durch die Vortat erlangten Sache zu treten. Sodann entfernt er diese um ein weiteres Glied vom Berechtigten unter gleichzeitiger Herstellung einer unmittelbaren, veränderten Beziehung zur Sache. Eine Doppelbestrafung ist daher gerechtfertigt. Zu beachten ist auch, daß die Gudewillsche Auffassung bei der Anstiftung zu einem Ergebnisse führt, das dem gesinnungsstrafrechtlichen Element dieser Teilnahmeform nicht gerecht wird. Wir bestrafen den Anstifter ja nicht nur deshalb, weil er durch seine Einwirkung auf den Haupttäter den Erfolg der Haupttat bewirkt, sondern auch deshalb, weil er diesen auf die Bahn des Verbrechens führt.

Da Hehlerei und Vortatsteilnahme zwei selbständige Handlungen darstellen, treffen sie in Realkonkurrenz [12]) zusammen. Eine andere Auffassung tritt in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zutage, die allerdings keine klare Linie aufzeigt. Um Doppelbestrafungen zu vermeiden, gelangt es, obwohl es ausnahmslos Konkurrenz zwischen Vortatteilnahme und Hehlerei vertritt, zur Annahme von Idealkonkurrenz [13]). Es mißt hiebei dem Vorsatze des Täters und dem zwischen der Vortat und der Hehlerhandlung bestehenden zeitlichen Zusammenhange tateinheitschaffende Kraft zu, obwohl es selbst mehrfach [14]) betont hat,

9) Lb., S. 391/92.
10) Ebenso Ebermayer 8 zu § 259.
11) VI, 3 zu § 259.
12) Richtig Ebermayer 8 b zu § 259; Frank VI, 3 zu § 259, während Olshausen N. 27 zu § 259 auf die Umstände des Einzelfalles abstellt.
13) E 8, 135; 32, 394/97; 51, 97.
14) E 32, 139; 58, 113; 60, 241.

daß ein derartiger Zusammenhang nicht zur Begründung von Tateinheit ausreiche. Vor allem läßt es jedoch außer Acht, daß die Hehlerhandlung des Täters erst einsetzen kann, wenn die Vortat abgeschlossen ist. Demgegenüber gibt das Reichsgericht die Möglichkeit der realen Konkurrenz zu, wenn die Hehlerhandlung von einem neuen Vorsatz begleitet wurde und zwischen ihr und der Vortat ein zeitlicher Zwischenraum von längerer Dauer bestand [15]).

Der Gedanke der Vermeidung einer Doppelbestrafung des Täters, von dem das Reichsgericht sich leiten läßt, ist eine Billigkeitserwägung, deren Berücksichtigung bei der Strafzumessung am Platze ist, die jedoch nicht dazu führen darf, den Begriff der Idealkonkurrenz zu verwischen.

§ 2. Zusammentreffen zwischen Hehlerei und anderen Delikten.

I.

Die Sachhehlerei im Verhältnisse zu sonstigen „Hehlerei"-Tatbeständen:

Nach § 368 RAGabO. wird derjenige als Steuerhehler [16]) bestraft, der Gegenstände, von denen er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß Steuern für sie hinterzogen sind, kauft oder sonst an sich bringt, verheimlicht, absetzt oder zu ihrem Absatze mitwirkt. Es handelt sich hiebei nicht um Hehlerei im technischen Sinne, denn diese Gegenstände brauchen nicht durch eine strafbare Handlung erlangt zu sein, sondern um Verletzung von Steuervorschriften. § 259 und § 368 RAGabO. schützen also verschiedene Rechtsgüter. Ein tateinheitliches Zusammentreffen ist daher möglich [17]).

Echte Hehlerei-Tatbestände enthalten die Metallgesetze [18]). Sie stellen eine Erweiterung des § 259 dar und stehen daher zu § 259 in Gesetzeskonkurrenz — ein Fall der Spezialität [19]).

15) R 6, 222, E 32, 394; RG in JW 1936, S. 2229.
16) Vgl. S. 29, 30.
17) Ebermayer 8 B zu § 259; Olshausen N. 28 e zu § 259; Frank VIII zu § 259, E 56, 7/8; 57, 105: zu § 60 Tabaksteuergesetz.
18) Vgl. S. 20.
19) E 58, 104.

Da es sich bei der Personenhehlerei des § 258 um einen qualifizierten Fall der Begünstigung handelt, gelten für ihr Zusammentreffen mit § 259 die im folgenden zur Frage des Zusammentreffens zwischen Begünstigung und Hehlerei entwickelten Grundsätze.

II.

Die Sachhehlerei im Verhältnis zu anderen Delikten:

1. Die lex lata hat die Sachhehlerei aus ihrer traditionellen Verbundenheit mit der Begünstigung völlig gelöst. Aus der Selbständigkeit beider Tatbestände folgt daher die Möglichkeit ihres Zusammentreffens gemäß §§ 73, 74 [20]). Dies ist jedoch nicht unbestritten. Die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz bestreiten einmal diejenigen [21]), welche Hehlerei- und Begünstigungsvorsatz für untrennbar halten, weiter die Vertreter der Ansicht [22]), wonach Sachhehlerei niemals mit Begünstigungsvorsatz begangen werden kann, denn nach ihnen bilden die §§ 257, 258 leges speciales, sobald sich mit dem Vorsatz des Hehlers der Begünstigungsvorsatz verbindet.

Die Unrichtigkeit dieser beiden Auffassungen läßt sich unschwer nachweisen. Der Burischen Ansicht ist entgegenzuhalten, daß derjenige, der deliktisch erworbene Sachen erwirbt, ohne die Person des Vortäters überhaupt zu kennen, geschweige denn, sich um dessen Vermögensinteressen zu kümmern, niemals den Vorsatz hat, ihm „die Vorteile seiner Tat zu sichern". Die Bindingsche Auffassung andererseits geht von dem unbewiesenen Satze aus, § 259 könne nur dann einen Sinn haben, wenn die Worte „ohne Begünstigungsabsicht" hinzugedacht würden. Diese Einschränkung hat aber im Gesetze in keiner Weise Ausdruck gefunden. Mit Recht betont demgegenüber E 30, 269, daß es durchaus möglich sei, daß Begünstigungs- und Hehlereivorsatz in gleicher Weise und Stärke beim Täter vorhanden sein und sich in seiner Tat verwirklichen können. Am treffendsten ver-

20) Herrschende Lehre: Ebermayer 1 zu § 259; Olshausen N. 28 a zu § 259; Frank I zu § 259; Beling, H., S. 86; v. Liszt S. 702; Gudewill S. 116, E 30, 268; 58, 129.

21) v. Buri S. 40; Helschner S. 887/88.

22) Binding, Lb., S. 385; Gretener S. 129/130.

anschaulicht Beling [23]) das Verhältnis zwischen § 259 und §§ 257, 258, wenn er sagt: „Die Tatbestände greifen wie zwei sich schneidende Kreise ineinander über: Verhältnis der Neutralität, nicht der Spezialität." Der Begriff der Hehlerei ist einmal bezüglich der Vortat weiter, als derjenige der Begünstigung, denn er umfaßt auch Uebertretungen, andererseits in Beziehung auf die Schuldseite enger, da der Hehler stets „seines Vorteils wegen" handeln muß.

Ganz abgesehen noch von der Verschiedenheit der in §§ 259, 257 geschützten Rechtsgüter, würde die Bindingsche Ansicht zu absurden Ergebnissen führen: Ist nämlich die Vortat eine Uebertretung und handelt der Täter ohne Begünstigungsabsicht, so wäre er nach § 259 zu bestrafen. Handelt er dagegen auch noch mit Begünstigungsabsicht, so ist seine Schuld sicherlich größer, aber er würde nach § 257 straffrei ausgehen [24]).

Der herrschenden Lehre ist daher beizupflichten.

2. § 259 : 370, Ziff. 3:

Nach der herrschenden Lehre [25]) besteht zwischen diesen Tatbeständen Gesetzeskonkurrenz, dagegen spricht jedoch, wie Beling [26]) betont, die Verschiedenheit der Funktionen beider Gesetze: In § 259 handelt es sich um die Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustandes, in § 370, Ziff. 3 um die Umgehung der Kontrolle einer Kommandobehörde.

Der Uebertretungstatbestand ist auch erheblich weiter, denn auf die Bösgläubigkeit des Erwerbers kommt es nicht an, dieser wird auch dann bestraft, wenn er Montierungsstücke erwirbt, die im Eigentum des Verkäufers stehen.

§ 73 wird daher angewandt werden müssen.

3. § 259 : § 253:

Erpressung kann mit Sachhehlerei tateinheitlich zusammentreffen, sofern nämlich die Erpressungshandlung das Mittel zum „Ansichbringen" war [27]).

4. Nach §§ 1, 9 des Sprengstoffgesetzes vom 9. Juli 1884 wird

23) H., S. 86.
24) Gudewill, S. 14.
25) Ebermayer zu § 370, Anm. III; Olshausen zu § 370, Anm. 3 a.
26) H. S. 88, ihm folgend Gudewill S. 116/117.
27) Ebermayer 8 B zu § 259; Olshausen N. 28 c zu § 259; Gudewill S. 117; E 35, 278.

mit Gefängnis von 3 Monaten bis zu 2 Jahren bestraft, wer ohne polizeiliche Ermächtigung es unternimmt, Sprengstoffe herzustellen, vom Auslande einzuführen, feilzuhalten, zu verkaufen oder sonst an andere zu überlassen usw.

Einen Fall der Tateinheit dieser Vorschrift mit § 260 erörtert das Reichsgericht in HRR 2 S. 125.

5. § 259 : 246: Unterschlagung wird im Hinblick auf eine vorausgehende Hehlerei regelmäßig als straflose Nachtat erscheinen, nur dann, wenn der Hehler bei Begehung der Hehlerhandlung nicht die Absicht der Zueignung hatte, diese vielmehr erst später betätigte, kann § 74 zutreffen[28]).

6. Eine treffliche Entscheidung fällte das Reichsgericht in JW 1936, S. 1128: Der Dieb hatte den Hehler mit dem Absatze der gestohlenen Sachen beauftragt. Der Hehler ist jedoch dazu übergegangen, die Sache nicht für seinen „Auftraggeber", sondern für sich zu veräußern. Das Reichsgericht lehnte es ab, den Hehler auch noch wegen § 266 zur Rechenschaft zu ziehen mit der billigenswerten Begründung, es sei nicht Aufgabe der Rechtsordnung, darüber zu wachen, daß der Hehler der mit dem Diebe getroffenen Abrede, die gestohlene Sache in einer bestimmten Weise zu verwerten, treu bleibe; eine Rechtsordnung, die sich dafür einsetze, daß das gegen ihren eigenen Bestand gerichtete Zusammenwirken von Dieb und Hehler ungestört verlaufe, würde sich selbst aufgeben.

III.

Vielfach werden Lebenstatbestände so gelagert sein, daß sich im Verfahren gegen den Rechtsbrecher nicht mit Sicherheit feststellen läßt, ob er die bei ihm vorgefundene, einwandfrei aus aus einem Diebstahle stammende Sache selbst gestohlen oder vom Diebe hehlerisch erworben hat.

Hier taucht das Problem der Alternativ-Konkurrenz zwischen Diebstahl und Hehlerei auf.

Die Strafprozeßordnung regelt die Frage der Wahlfeststellung nicht. Ihre Schöpfer haben bewußt davon abgesehen, „die in der Rechtswissenschaft lebhaft erörterte, zu einem Abschlusse aber noch nicht gelangte Streitfrage durch fest formulierte Vorschriften

28) E 56, 335/336; 64, 326.

zu entscheiden“ [29]). Das Reichsgericht hatte in ständiger Rechtsprechung [30]) eine wahldeutige Feststellung dann für zulässig erklärt, „wenn lediglich verschiedene Ausführungsarten desselben Verbrechens oder Vergehens in Betracht kommen, die, auch wenn sie in verschiedenen Vorschriften untergebracht sind, doch keinen verschiedenen Tatbestand ergeben und vom Gesetze als gleichwertig angesehen werden“ (z. B. Diebstahl mittels Einbruchs oder mittels Einsteigens), dagegen eine Wahlfeststellung für unzulässig erklärt, „wenn verschiedene Tatbestände in Frage stehen, die in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung dergestalt voneinander abweichen, daß der eine den andern ausschließt und abweichend von ihm zu beurteilen ist.“ Die Praxis der unteren Gerichte schloß sich dieser Auffassung an, versuchte andererseits die hieraus folgenden, unbilligen Ergebnisse durch eine eindeutige Tatfeststellung zu vermeiden, was durch eine Vergewaltigung des Beweisergebnisses bewirkt wurde.

Neuerdings ist das Reichsgericht einen Schritt weitergegangen. In der Plenarentscheidung 68, 257 ff. hat es eine Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Hehlerei zugelassen, weil „das allgemeine Rechtsempfinden der Tat des Hehlers dieselbe sittliche Mißbilligung angedeihen lasse, wie der des Diebes“. Eine unbeschränkte Zulassung wahldeutiger Feststellungen wurde jedoch abgelehnt.

Ob die reichsgerichtliche Auffassung berechtigt war, kann dahingestellt bleiben. Die Streitfrage hat heute, nach dem Inkrafttreten des § 2 b, nur noch historische Bedeutung.

29) Hahn, Materialien zur STPO., Bd. 1, S. 223, zitiert in E 69, 259.
30) E 22, 216; 23, 48; 35, 300; 53, 231; 56, 61; 68, 257.

3. Teil.

Die Hehlerei in den Entwürfen.

§ 1. Allgemeines, Uebersicht.

Unser geltendes Strafrecht ist bald 90 Jahre alt, wenn wir berücksichtigen, daß das STGB vom 15. Mai 1871 im wesentlichen auf dem preußischen Strafgesetzbuche von 1851 beruht und nur wenig Neuerungen brachte. Diese 90 Jahre jedoch haben dem völkischen Leben Deutschlands ungeheure Wandlungen gebracht und unser Strafrecht zu einem Greise werden lassen. Dieser Entwicklung tragen auch die Reformen Rechnung, die nicht ganz 40 Jahre nach dem Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches im Jahre 1909 einsetzten, erstmals mit dem Vorentwurf zu einem Deutschen Reichsstrafgesetzbuche. Bereits 2 Jahre später folgten im sogenannten Gegenentwurf die von Kahl, Lilienthal, Goldschmidt und v. Liszt aufgestellten Gegenvorschläge. Das Jahr 1913 brachte den von der sog. Strafrechts-Kommission verfaßten Entwurf 1913. Im Jahre 1919 folgte der Entwurf Ebermayer. 1925 wurde die Reichsratsvorlage veröffentlicht. Als Entwurf 1925 ging sie ins Schrifttum ein. Am 14. 5. 1927 gelangte der vom Reichsrat verabschiedete Entwurf vor den Reichstag, dessen Strafrechtsausschuß am 12. Juli 1928 mit der ersten Lesung begann und diese nach 127 Sitzungen am 21. Februar 1930 beendete [1]). In der Folgezeit wurden deutsche und österreichische Strafrechtskonferenzen gebildet, deren Arbeiten gewisse Verbesserungen gegenüber dem Entwurf 1927 brachten.

Der arbeitsunfähige Reichstag des Weimarer Zwischenreiches war nicht mehr imstande, die Reformarbeiten zu Ende zu führen. Doch war die geleistete Arbeit nicht vergebens. Die amtliche Strafrechtskommission des nationalsozialistischen Staates konnte auf den Ergebnissen der früheren Reformen aufbauen und heute ist Gewähr dafür geboten, daß die Erneuerung des deutschen Strafrechtes binnen kurzem zu einem erfolgreichen Abschlusse gelangt.

Die angeschlossene Uebersicht soll in vergleichender Darstellung die Entwicklung aufzeigen, der der Hehlereitatbestand in den einzelnen Entwürfen gefolgt ist, vgl. S. 95, 96.

1) Kohlrausch, Entw., Vorwort.

	Vorentw. 1909 § 281	Gegenentw. 1911 § 341	Kommissionsentw. 1913 § 372
Schutzobjekt	Delikt gegen das Interesse des Staates an der Vermögenssphäre des Einzelnen	→	→
Verhältnis zur Begünstigung	Trennung von pers. Begünstigung. Vereint mit sachlicher Begünstigung. Letzteres ist als Vermögensdelikt gefaßt	→	Trennung auch von sachlicher Begünstigung
Gegenstand der Hehlerei	Wie die lex lata. Neu: Ersatzhehlerei: „Den Sachen stehen ihr Erlös, sowie die für sie angeschafften Gegenstände gleich"	→	→
Vortat	Wie die lex lata: „Strafbare" Handlung	Beschränkung auf Verbrechen und Vergehen. Klarstellung: Die Strafbarkeit des Hehlers ist unabhängig von der des Vortäters	→
Hehlerhandlungen	Wie die lex lata:	Statt „zu deren Absatz bei andern mitwirkt" — „deren Besitz einem anderen verschafft	Ausdrückliche Verselbständigung des Veheimlichens. Neu: Selbst absetzen
Die Schuld im engeren Sinne	Vorsatz. Die Vorsatzvermutung ist weggefallen.	→	→
Das subjektive Schuldmoment: seines Vorteils wegen	Um sich Gewinn zu verschaffen. Neu: Nur noch Vermögensvorteile	Die Vermögensvorteilserstrebung ist nur noch straferhöhendes Moment	Wie der Vorentwurf: Ausdrückliche Beschränkung auf Vermögensvorteile
Qualifikationen des Grundtatbestandes	Wie die lex lata. Neu: a. Zulassung mildernd. Umstände b. Besond. Tatbestand der Rückfallhehlerei ist weggefallen	Weggefallen als besondere Tatbestände	Wie der Vorentw.
Strafdrohung und Nebenfolgen	Gefängnis, Haft, Geldstrafe. In bes. schweren Fällen u. Kollektivhehlerei Zuchthaus bis 5 u. 10 Jahren. Bei mild. Umständen: Gefängnis nicht unter 3 Monaten. Arbeitshaus zulässig.	Gefängnis. Bei Gewinnsucht: Zuchthaus bis zu 5 Jahren	Gefängnis. In bes. schweren Fällen, sowie Kollektivhehlerei Zuchthaus bis zu 5 u. 10 Jahren. Mild. Umstände wie im Vorentwurf.

Entw. 1919 §§ 383/85	Amtl. Entw. 1925 §§ 316/19	Reichstagsvorlage 1927	Entw. 1930 §§ 340/53
→	→	→	→
→	→	→	Subsidiarität gegenüber der Begünstigung
→	→	→	→
Einschränkung gegenüber dem Kommissionsentw.; Nur Unzurechnungsfähigkeit des Vortäters ist belanglos	Objektive Rechtswidrigkeit der Vortat genügt	→ Den durch die strafbare Handlung erlangten Sachen sind gleichgestellt solche, die der Täter sich angeeignet hat	→
→	→	→	→
→	→ Neu: Besondere Tatbestand der fahrlässigen Hehlerei beim Betriebe des Handels oder des Gewerbes	→	→ Fahrlässige Hehlerei als „Erwerb verdächtiger Sachen“
→ Neu: auch für Dritte	Vorteilserstrebung für sich oder einen Andern nur noch bei Ersatzhehlerei	→	→
Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit. Daneben: In besonders schweren Fällen“. Nur noch allgemeine Rückfallsbestimmungen	Nur noch Gewerbsmäßigkeit. Besonders schwerer Fall	→	→
Wie Entw. 1913. Wegfall der mildernden Umstände. Zulässigkeit von Arbeitshaus	Wie Entw. 1919. Bei fahrlässiger Hehlerei Gefängnis bis zu 1 Jahr, Geldstrafe. Arbeitshaus weggefallen.	→	Wie Entw. 1925. Bei fahrlässiger Hehlerei Gefängnis bis zu 3 Monaten, Geldstrafe. In bes. leichten Fällen Absehen von Strafe

§ 2. Die einzelnen Entwürfe.

Die amtlichen Baumeister sahen sich vor die Beantwortung der Frage gestellt, ob der Tatbestand des § 259 in Zukunft bei einer allerdings prägnanteren Formulierung beibehalten werden oder nach dem Vorbild der Belingschen [2]) Nachtäterschaft etwas völlig Neues geschaffen werden solle. Sie entschieden sich für den ersten Weg und mit Recht, denn der Belingsche Weg würde zum Verlust der Volkstümlichkeit des Hehlereitatbestandes führen. Es ist eben nicht so, wie Beling [3]) meint daß die kasuistischen Aufzählungen von „verheimlichen", „ankaufen" usw. sich als bloßes Gestammel erweisen. Gerade auf ihnen beruht die Plastik und Volkstümlichkeit des Hehlereitatbestandes, während Beling im wesentlichen die von der herrschenden Lehre gegebene Schutzobjektsdefinition in für Laien schwer verständlicher Weise vertatbestandlicht.

Des weiteren erhob sich die Frage, wie das Verhältnis von Hehlerei zur Begünstigung zu gestalten sei. Einig war man sich bezüglich der persönlichen Begünstigung. Sie ist im Wesen verschieden von der Hehlerei, da sie ein Delikt gegen das Interesse des Staates an seiner Eigensphäre darstellt. Dem wurde auch Rechnung getragen durch eine völlige Trennung von der Hehlerei.

Diesen Weg gingen die Entwürfe auch bei der Einordnung der sachlichen Begünstigung. Da jedoch die Frage des Schutzobjekts bei der sachlichen Begünstigung lebhaft bestritten ist, war man sich auch bezüglich ihrer Einordnung nicht einig. Beling [4]) hält sie und Hehlerei für schutzobjektsgleich. Auch Binding [5]) schlägt einen gemeinsamen Tatbestand mit folgender Formulierung vor: „Wer vorsätzlich und rechtswidrig Sachen, die durch eine strafbare Handlung erlangt sind, selbst in Besitz nimmt, oder einem Unberechtigten den Besitz daran sichert oder verschafft oder sie gegenüber dem Berechtigten verheimlicht, ist als Hehler zu bestrafen." Fast wörtlich übernahm diese Formulierung der Gegenentwurf in der Fassung seines § 341: „Wer Sachen, die durch ein Verbrechen oder Vergehen erlangt sind, verheimlicht,

2) H., S. 225 ff.
3) H., S. 232.
4) H., S. 205.
5) Lb., S. 385.

an sich bringt oder deren Besitz einem andern verschafft oder sichert, wird.... bestraft."

Die Mehrzahl der Entwürfe ist jedoch dem Bindingschen Vorschlag nicht gefolgt, denn die sachliche Begünstigung ist kein Vermögensdelikt, sondern, wie die persönliche, ein Delikt gegen das Interesse des Staates am ungestörten Gang seine Rechtspflege[6]). Dies hindert u. E. auch eine Zusammenfassung von sachlicher Begünstigung und Hehlerei im selben Abschnitt[7]). Den richtigen Weg ging der Entwurf 1927, der die sachliche Begünstigung in § 200 unter die Delikte gegen das Interesse des Staates an der Eigensphäre einreiht.

Im folgenden sei kurz auf die einzelnen Entwürfe eingegangen. Sie bemühen sich, die im Anschluß an die lex lata entstandenen Streitfragen in befriedigender Weise zu klären und die Antwort im Wortlaut des Tatbestandes zu verankern. Andererseits bedeuten ihre Neuerungen einen beachtlichen Fortschritt im Kampfe gegen das Hehlertum.

I. Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, 1909. § 281 lautet:

„Wer vorsätzlich, um sich Gewinn zu verschaffen, Sachen, die durch eine strafbare Handlung erlangt sind, verheimlicht, ankauft, zum Pfande nimmt, oder sonst an sich bringt, oder zu deren Absatz bei andern mitwirkt, wird wegen Hehlerei mit Gefängnis oder mit Haft oder mit Geldstrafe bis zu M. 5 000.—, in besonders schweren Fällen (§ 84) mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bestraft. Den Sachen stehen ihr Erlös, sowie die für sie angeschafften Gegenstände gleich. Die Vorschrift des § 42 findet Anwendung.

Betreibt der Täter die Hehlerei gewerbs- oder gewohnheitsmäßig, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu 10 Jahren, bei mildernden Umständen Gefängnis nicht unter 3 Monaten, in besonders schweren Fällen Zuchthaus nicht unter 2 Jahren."

Neu ist die Bestrafung der Ersatzhehlerei, hierüber vgl. Teil 6 der Arbeit. Im subjektiven Tatbestande ist die höchst überflüssige und zu Streitfragen Anlaß gebende[8]) Vorsatzvermutung wegge-

6) v. Liszt S. 843; Hegler, Systematik, Bd. 10, S. 159, E 54, 132.
7) So Vorentw. 25. Abschnitt.
8) Begründung zum Vorentw. S. 783/84.

fallen, das subjektive Schuldmoment „seines Vorteils wegen“ wurde eingeengt auf Vermögensvorteile. Die Begründung des Vorentwurfs führt hiezu aus, daß sich in der Praxis ein Bedürfnis für die Ausdehnung des Begriffs Vorteil über den Vermögensvorteil hinaus nicht ergeben habe.

Den Wünschen der Praxis [9]) gemäß wurde bei der Kollektivhehlerei die Zubilligung mildernder Umstände vorgesehen. Mit Rücksicht auf die allgemeinen Rückfallbestimmungen des Vorentwurfs in den §§ 87, 88 und die Schaffung des besonders schweren Falles des § 84 bestand für einen besonderen Tatbestand der Rückfallhehlerei kein Bedürfnis mehr. Die Begründung [10]) weist auch darauf hin, daß in den Fällen der Hehlerei im Rückfall sehr häufig auch der Tatbestand der gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Hehlerei zutreffe.

Als Nebenfolge ist Arbeitshaus zulässig, bei Arbeitsscheu und Liederlichkeit des Täters, § 42.

II. Der Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches. Er vereinigt Hehlerei und sachliche Begünstigung in § 341, der lautet:

„Wer Sachen, die durch ein Verbrechen oder Vergehen erlangt sind, verheimlicht, an sich bringt, oder deren Besitz einem andern verschafft oder sichert, wird ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit der Person des Täters, mit Gefängnis bestraft. Den Sachen stehen ihr Erlös, sowie die für sie erworbenen Gegenstände gleich. Handelt der Täter aus Gewinnsucht, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu 5 Jahren.“

Die Einfügung der sachlichen Begünstigung in den Hehlereitatbestand machte Erweiterungen erforderlich. So wurde im objektiven Tatbestande das „zu deren Absatz bei anderen Mitwirken“ ersetzt durch die Verhaltensweise „oder deren Besitz einem andern verschafft oder sichert“. Im subjektiven Tatbestande schließlich blieb die Vorteilserstrebung nur noch als straferhöhendes Moment bestehen.

Das Erfordernis der nur objektiven Rechtswidrigkeit der Vortat gilt nach der hier [11]) vertretenen Ansicht schon de leg elata. Der Gegenentwurf hat dies ausdrücklich klargestellt.

9) Begründung zum Vorentw. S. 775.
10) S. 785.
11) Vgl. S. 22.

Eine weitere Neuerung gegenüber § 259 bedeutet die Einschränkung der Vortat auf Verbrechen und Vergehen. In der Begründung [12]) wird hiezu ausgeführt, es erscheine unbillig, den Vortäter nur wegen einer Uebertretung, den Hehler aber wegen eines Verbrechens oder Vergehens zu bestrafen.

III. Der Entwurf der Strafrechtskommission von 1913. § 372 lautet:

„Wer in der Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, Sachen, die ein anderer durch eine strafbare Handlung erlangt hat, ankauft, zum Pfande nimmt, oder sonst an sich bringt, verheimlicht, absetzt, oder zu ihrem Absatz mitwirkt, wird mit Gefängnis, bei mildernden Umständen mit Gefängnis bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Den Sachen, die durch eine strafbare Handlung erlangt sind, stehen ihr Erlös, sowie die Sachen gleich, die für sie angeschafft sind.

Die Hehlerei ist aber dann strafbar, wenn der andere wegen fehlender Zurechnungsfähigkeit (§ 20, Abs. 1), jugendlichen Alters (§§ 21, 22) oder Taubstummheit (§ 23) nicht schuldhaft gehandelt hat.

In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu 5 Jahren. Wer die Tat gewerbs- oder gewohnheitsmäßig begeht, wird mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren, bei mildernden Umständen mit Gefängnis nicht unter 3 Monaten bestraft.

Neben Gefängnis kann auf Arbeitshaus erkannt werden."

Die Vereinigung von sachlicher Begünstigung und Hehlerei, wie sie der Gegenentwurf vornahm, hat in der Folgezeit keinen Anklang gefunden. Der Entwurf 1913 bereits behält die Trennung der beiden Delikte bei.

Vom Gegenentwurf übernommen wurde die Unabhängigkeit der Strafbarkeit des Hehlers von der des Vortäters, allerdings mit der u. E. unberechtigten Einschränkung, daß nur die in § 372 aufgeführten drei Gründe eine Bestrafung wegen Hehlerei nicht hindern.

Die Beschränkung der Vortat auf Verbrechen und Vergehen wurde aufgegeben mit der berechtigten Begründung [13]), daß bei Uebertretungen die im Vergleich zur Vortat strengere Bestrafung des Hehlers in der Praxis zu Härten nicht geführt habe. Zudem

12) S. 308.
13) Protokolle, Bd. 3, 1912, S. 15.

würde die Regelung des Gegenentwurfs eine Lücke ins Landesrecht reißen, man denke an die in § 2, Abs. 2 EGSTGB erwähnten mannigfachen Uebertretungstatbestände.

Im Gegensatz zum Vorentwurf wurde das Verheimlichen hinter das Ansichbringen gestellt, um die Selbständigkeit dieser Begehungsform auszudrücken.

Eine Neuerung bedeutet, daß das Selbstabsetzen als Begehungsform geschaffen wurde. Hehlerei kann darnach auch außerhalb der Verhaltensweise des Verheimlichens[14]) mit dolus subsequens begangen werden. Gleichzeitig wurde durch das Wort „absetzt" der um die Frage der Perfektion des Absatzes entstandene Streit beendigt. Diese Neuerung ermöglicht es auch, die Fälle zu erfassen, in denen der Hehler vollkommen selbständig im eigenen Namen den Absatz vornimmt und hiebei nicht im Interesse des Vortäters handelt. Dieser selbständige Eingriff in das Vermögen des Vortäters kann de lege lata, wegen § 247, Abs. 2, dann nicht geahndet werden, wenn Hehler und Vortäter im Aszendenten- und Ehegattenverhältnis stehen.

IV. Der Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches von 1919. Die in Betracht kommenden Bestimmungen im 32. Abschnitt, §§ 383/385, erhielten folgende Fassung:

§ 383: „Wer in der Absicht, sich oder einen Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, Sachen, die ein anderer gestohlen oder sonst durch strafbare Verletzung fremden Vermögens erlangt hat, ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst an sich bringt, verheimlicht, absetzt oder zu ihrem Absatz mitwirkt, wird mit Gefängnis bestraft. Den Sachen, die durch die Straftat erlangt sind, stehen ihr Erlös, sowie Sachen gleich, die für sie angeschafft sind.

Die Hehlerei ist auch dann strafbar, wenn der andere nicht zurechnungsfähig war.

In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu 5 Jahren".

§ 384: „Wer die Hehlerei gewerbs- oder gewohnheitsmäßig begeht, wird mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren bestraft."

§ 385: „Bei Hehlerei kann neben Gefängnis auf Arbeitshaus erkannt werden."

14) Vgl. S. 56.

Der Entwurf 1919 bringt wenig Neues und schließt sich eng an seine Vorgänger an. Die Vortatbeschreibung wurde neu gefaßt, um das Schutzobjekt des Hehlereitatbestandes treffender zu zeichnen. Eine sachliche Aenderung bedeutet dies nicht. Nach der Denkschrift [15]) sollte damit den in der Kriegszwangswirtschaft laut gewordenen Bestrebungen entgegengetreten werden, wonach der Hehlereitatbestand auch auf diejenigen Fälle ausgedehnt werden solle, wo jemand von dem rechtmäßigen Eigentümer eine Sache erwirbt, die dieser nur unter bestimmten, im gegebenen Falle nicht vorliegenden Voraussetzungen veräußern durfte.

Eine Neuerung jedoch enthält der subjektive Tatbestand. Das subjektive Schuldmoment wurde erweitert und umfaßt auch die Erstrebung eines Gewinns für einen Dritten. In erster Linie soll damit der Angestellte getroffen werden, der zum Vorteile des Geschäftsherrn gestohlene Sachen ankauft [16]).

Wie im Kommissionsentwurf wurde auch im Entwurf 1919 die Durchbrechung der Akzessorietät zur Vortat beschränkt auf den Fall der Unzurechnungsfähigkeit des Vortäters.

Ein besonderer Tatbestand der Rückfallhehlerei fehlt, da eine allgemeine Rückfallsverschärfung vorgesehen wurde.

V. Der amtliche Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches von 1925. Die §§ 316/19 erhielten folgende Fassung:

§ 316: „Wer eine Sache, die ein anderer gestohlen oder sonst durch strafbare Verletzung fremden Vermögens erlangt hat, ankauft, zum Pfande nimmt, oder sonst an sich bringt, verheimlicht, absetzt oder zum Absatz einer solchen Sache mitwirkt, wird mit Gefängnis bestraft.

Ebenso wird bestraft, wer in der Absicht, sich oder einen anderen unrechtmäßig zu bereichern, den Erlös einer Sache, die jemand gestohlen oder sonst durch strafbare Verletzung fremden Vermögens erlangt hat, oder eine für den Erlös angeschaffte andere Sache an sich bringt.

In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu 5 Jahren.

Ist die Sache durch Entwendung erlangt, so darf die Strafe nicht schwerer sein, als die im § 303 angedrohte Strafe."

15) S. 332 ff.
16) Denkschrift, S. 332/33.

§ 317: „Wer die Hehlerei gewerbsmäßig begeht, wird mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren bestraft."

§ 318: „Wer beim Betriebe des Handels oder eines Gewerbes eine Sache, von der er aus Fahrlässigkeit nicht erkannt hat, daß sie ein anderer gestohlen oder sonst durch strafbare Verletzung fremden Vermögens erlangt hat, ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst an sich bringt, verheimlicht, absetzt oder zum Absatze einer solchen Sache mitwirkt, wird mit Gefängnis bis zu 1 Jahr oder mit Geldstrafe bestraft."

§ 319: „Die Strafbarkeit des Hehlers (§§ 316—318) ist unabhängig von der Strafbarkeit dessen, der die Sache gestohlen oder sonst durch strafbare Verletzung fremden Vermögens erlangt hat."

Der Entwurf 1925 enthält bedeutsame Neuerungen: Im Grundtatbestand ist das subjektive Schuldmoment völlig beseitigt worden. In der Begründung [17]) wird hiezu ausgeführt, die Handlung des Hehlers sei auch dann strafwürdig, wenn er nicht seines Vorteils wegen handle. Sie erwähnt besonders den Fall des im Betriebe des Geschäftsherrn hehlenden Angestellten, sowie die Ehefrau, die die vom Manne gestohlenen Sachen veräußert und den Erlös im Haushalt verwendet.

Lediglich beim Tatbestand der Ersatzhehlerei, der im übrigen auf den Ergebnissen der Vorentwürfe aufbaut, wurde das subjektive Schuldmoment unter Beschränkung auf die Erstrebung eines Vermögensvorteiles beibehalten. Mit Recht wurde die im Entwurf 1919 vorhandene Einschränkung, wonach von den Gründen, welche die Schuld im weiteren Sinne ausschließen, nur Unzurechnungsfähigkeit des Vortäters einer Bestrafung des Hehlers nicht entgegenstehen soll, aufgegeben und schlechthin auf die objektive Rechtswidrigkeit der Vortat abgestellt.

Neu ist weiterhin die Schaffung eines Tatbestandes der fahrlässigen Hehlerei. Im Anschluß an die in der Zeit der Geldentwertung geschaffenen Metallgesetze gelangte man zu einem allgemeinen Tatbestande der fahrlässigen Hehlerei. Er sollte einerseits einen Ersatz für die systemwidrige Beweisvermutung der lex lata darstellen [18]), andererseits wurde die Notwendigkeit einer derartigen Norm allgemein anerkannt. Um jedoch eine schädliche

17) S. 167 ff.

18) Begründung, S. 168.

Belastung der Sicherheit des Rechtsverkehrs zu vermeiden, wurde fahrlässige Hehlerei nur insoweit unter Strafe gestellt, als der hehlerische Erwerb beim Betriebe des Handels oder Gewerbes erfolgt. Die in § 318 aufgestellte Prüfungspflicht deckt sich im wesentlichen mit der des ehrbaren Kaufmanns[19]).

Auf einen besonderen Tatbestand der Rückfallhehlerei verzichtet der Entwurf[20]) im Hinblick auf die in § 77 enthaltene allgemeine Rückfallsverschärfung. Desgleichen wurde der Tatbestand der gewohnheitsmäßigen Hehlerei aufgegeben und in § 317 nur noch die gewerbsmäßige Hehlerei aufrecht erhalten. Mit Recht! Einmal ahndet bereits § 316, Abs. 3 die „besonders schweren Fälle" mit schwerer Zuchthausstrafe. Sodann zeigt die Praxis, daß gewohnheits- und gewerbsmäßige Hehlerei regelmäßig zusammenfallen.

VI. Der Entwurfs eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches von 1927 bringt keine Veränderungen, sondern nur eine Klarstellung. Unterschlagene Sachen wurden ausdrücklich als Gegenstände der Hehlerei einbezogen durch die Fassung, daß den durch die strafbare Handlung erlangten Sachen diejenigen gleichgestellt sind, die der Täter sich durch Begehung des Vordeliktes a n g e e i g n e t hat.

VII. Der Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches von 1930. In Betracht kommen die §§ 350/53:

§ 350: „Wer, abgesehen von den Fällen der Begünstigung, eine Sache, die ein anderer gestohlen oder sonst durch strafbare Verletzung fremden Vermögens erlangt oder sich angeeignet hat, von diesem oder einem Hehler ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst an sich bringt, verheimlicht oder absetzt, oder zum Absatz einer solchen Sache mitwirkt, wird mit Gefängnis bestraft.

Ebenso wird bestraft, wer in der Absicht, sich oder einen anderen unrechtmäßig zu bereichern, den Erlös einer Sache, die jemand gestohlen oder sonst durch strafbare Verletzung fremden Vermögens erlangt oder sich angeeignet hat, oder eine für sie eingetauschte oder für den Erlös angeschaffte andere Sache von dem Täter an sich bringt.

In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu 5 Jahren."

19) Begründung zu § 318.
20) Wie der Entwurf 1919.

§ 351: „Wer die Hehlerei gewerbsmäßig begeht, wird mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren bestraft."

§ 352: „Wer beim Betriebe des Handels oder eines Gewerbes eine Sache, von der er aus Fahrlässigkeit nicht erkannt hat, daß sie ein anderer gestohlen oder sonst durch strafbare Verletzung fremden Vermögens erlangt oder sich angeeignet hat, ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst an sich bringt, verheimlicht oder absetzt oder zum Absatz einer solchen Sache mitwirkt, wird mit Gefängnis bis zu 3 Monaten oder mit Geldstrafe bestraft.

In besonders leichten Fällen kann das Gericht von Strafe absehen."

§ 353: „Die Strafbarkeit des Hehlers und des Erwerbers verdächtiger Sachen ist unabhängig von der Strafbarkeit dessen, der die Sache gestohlen oder sonst durch strafbare Verletzung fremden Vermögens erlangt oder sich angeeignet hat."

Durch den Wegfall des subjektiven Schuldmoments in den beiden Vorentwürfen sind bei der Abgrenzung der Hehlerei von der Begünstigung Schwierigkeiten entstanden. Um sie zu beseitigen, bestimmt der Entwurf 1930, daß Täter nur derjenige ist, der „abgesehen von den Fällen der Begünstigung" eine Sache hehlt. Die Hehlerei wird damit der Begünstigung subsidiär.

Der Tatbestand der fahrlässigen Hehlerei wurde beibehalten, jedoch wurde sie mit einer erheblich geringeren Strafe bedroht. Man war sich in den Strafrechtsausschüssen des Reichstags darüber einig, daß die fahrlässige Hehlerei mehr ein übertretungsähnliches Ordnungsdelikt sei. Unter diesem Gesichtspunkte gelangte man auch zu der Ueberschrift „Erwerb verdächtiger Sachen".

Neuerungen gegenüber dem Entwurf 1925 wurden nicht vorgesehen.

Nach der lex lata wird das vitium rei inhaerens durch die Weitergabe der Sache an einen Dritten nicht beseitigt. Der Entwurf 1930 brachte hier eine weitgehende Einschränkung. In Abs. 1 und 2 des § 350 wurde nämlich bestimmt, daß der Erwerb der Sache unmittelbar vom Vortäter abgeleitet sein muß, Abs. 1: „Von diesem", Abs. 2: „Von dem Täter". Die deutschen und österreichischen Strafrechtskonferenzen beseitigten diese Einschränkung bezüglich des Abs. 1 und beziehen den Erwerb „von

einem Hehler“ mit ein. Der Erwerb von einem Gutgläubigen ist hiernach straflos.

§ 3. Kritische Würdigung der Entwürfe.

Da die Reformarbeiten der Vergangenheit im Entwurf 1927 ihre Krönung fanden, können wir uns hier darauf beschränken, seine Bestimmungen einer Kritik zu unterziehen.

I. Berechtigt war die Ausgestaltung der Hehlerei als Delikt gegen das Interesse des Staates an der Vermögenssphäre des einzelnen. Ein zweiter Weg hätte zur vollkommenen Umgestaltung der Hehlerei zur „Teilnahme an den Vorteilen einer strafbaren Handlung“ geführt. Auf diesem Wege hätte zwar die Möglichkeit bestanden, alle strafwürdigen Lebenstatbestände [21]) zu erfassen, aber andererseits birgt er große Gefahren in sich. Die Rechtsprechung zur lex lata, die als Vortaten im Sinne des § 259 nur solche Delikte gelten läßt, deren Vollendung zu einer rechtswidrigen Vermögenslage führt, hat ihren guten Sinn. Dadurch nur kann vermieden werden, daß derjenige als Hehler bestraft wird, der einen unter Verletzung der Sonntagsruhe gekauften Laib Brot an sich bringt, mit anderen Worten, daß die Fülle der Ordnungsdelikte in den Vortatkreis des § 259 einbezogen wird [22]). Zuzugeben ist allerdings Schlüter [23]), daß es unserem Rechtsempfinden durchaus widerspricht, den Vogelhändler straffrei ausgehen zu lassen, der durch Vogeldiebe eine ganze Gegend von Singvögeln entvölkern läßt und auf diese Weise seinen ganzen Bedarf deckt. Hieher gehört auch die Teilnahme an den Vorteilen einer Devisenschiebung. Für diese Fälle empfiehlt er eine Ausweitung des Tatbestandes [24]).

Zu einer Vervielfachung der Ausgangspunkte, die ja auch Kohlrausch [25]) vorschwebt, gelangt auch der Entwurf durch Einbeziehung der Ersatzhehlerei in § 350, Abs. 2, denn von der Aufrechterhaltung einer rechtswidrigen Vermögenslage kann beim Ersatzhehler, der nur Gegenstände an sich bringt, die im Eigentum seines Vormannes standen, nicht die Rede sein.

21) Vgl. S. 18.
22) Vgl. auch Denkschrift, S. 109.
23) S. 442.
24) S. 443.
25) S. 502.

Ueber die Frage, ob der vom Entwurf 1927 eingeschlagene Weg: Grundsätzlicher Aufbau der Hehlerei als Vermögensdelikt, in begrenztem Umfange Ueberleitung zur Teilnahme am Verbrechenserlös gangbar erscheint, vgl. S. 131 ff. Auch die übrigen Entwürfe sind diesen Weg gegangen, allerdings unter rein schematischer Gleichstellung des Erlöses und der für ihn angesagten Sachen mit der ursprünglichen Sache (Vorentw. 1909, Gegenentw. 1911, Kommissionsentw. 1913, Entw. 1919). Der Regelung des § 350, Abs. 2 des Entw. 1927 ist deshalb der Vorzug zu geben, weil durch die Schaffung eines zweiten Absatzes die Vervielfachung der Ausgangspunkte auch äußerlich hervorgehoben wird.

II. Einer Anregung des Ministerialdirektors Schäfer im 21. Reichstagsausschuß [26]) zufolge wurde nur noch das Ansichbringen „vom Täter oder einem Hehler" unter Strafe gestellt. Beim Dazwischentreten eines gutgläubigen Erwerbers, unbeschadet der Frage seines Eigentumserwerbs, ist darnach Hehlerei ausgeschlossen. Diese Regelung widerstrebt unserem Rechtsempfinden. Man denke sich folgenden Fall: Bei einem Einbruchsdiebstahl erbeutet der Dieb einen wertvollen Brillantring. Er hält ihn für eine minderwertige Imitation und verkauft denselben an einen Gutgläubigen um billiges Geld. Ein Dritter, dem der hohe Wert des Objektes bekannt ist, kauft den Ring von diesem Gutgläubigen wiederum zu niedrigem Preise. Unser Rechtsgefühl fordert seine Bestrafung. Aber auch der Grundgedanke der Hehlerei „Aufrechterhaltung und Fortsetzung eines rechtswidrigen Zustandes" trifft zu und dieser gebietet, daß eine gestohlene Sache so lange Gegenstand der Hehlerei sein muß, als kein gutgläubiger Eigentumserwerb stattgefunden hat. Der Umstand, daß sie durch die Hände eines gutgläubigen Zwischenmannes ging, wird vielfach von den Zufälligkeiten des Lebens abhängen.

III. Wenig befriedigend gelang die Regelung des Verhältnisses der Hehlerei zur Begünstigung. Die subsidiäre Gestaltung der Hehlerei, die § 350, Abs. 1 des Entw. 1927 vorschlägt, wird der Bedeutung der Hehlerei in keiner Weise gerecht, führt außerdem zu dem eigenartigen Ergebnisse der Bindingschen [27]) Auf-

26) IV. Wahlperiode 1928, 115. Sitzung.
27) Vgl. S. 71.

fassung, daß bei Uebertretungen als Vortaten der zugleich mit Begünstigungsvorsatz handelnde Hehler straffrei ausgeht, die größere Verschuldung" würde demnach mit einer Prämie belohnt werden [28]).

Auf der Grundlage des Entw. 1927 allerdings erscheint eine klare Abgrenzung der Hehlerei von der Begünstigung deshalb schwierig, weil das subjektive Schuldmoment „seines Vorteils wegen" gestrichen wurde. Die Begründung [29]) gibt als Grund hiefür an, die strafwürdigen Fälle der Hehlerei des Angestellten zugunsten des Geschäftsherrn, der Ehefrau für ihren Ehemann habe die lex lata nur infolge des Vorhandenseins ihres subjektiven Schuldmoments nicht erfassen können. Dieser Mangel hätte aber leicht dadurch behoben werden können, daß auch die Erstrebung fremden Vorteils einbezogen worden wäre. Für die Beibehaltung des Schuldmomentes spricht außerdem, wie Schlüter [30]) hervorhebt, daß die Volksanschauung unter einem Hehler nur jemanden versteht, der seines Vorteils wegen handelt.

Wir halten es daher für schädlich, von der lex lata in diesem Punkte abzugehen und lediglich eine Ausdehnung des subjektiven Schuldmoments auf fremden Vorteil für erforderlich, um auf diesem Wege zu einer brauchbaren Abgrenzung der Hehlerei von der Begünstigung zu gelangen.

IV. Betrachten wir nun den Tatbestand des § 350, Entw. 1927 unter dem Gesichtspunkte, inwieweit es gelungen ist, die vielen Streitfragen des geltenden Rechts einer befriedigenden Klärung zuzuführen:

Eine berechtigte Klarstellung bringt § 353, der die nur objektive Rechtswidrigkeit der Vortat fordert.

Die Streitfrage des geltenden Rechts, ob auch die unterschlagene Sache, die der Vortäter schon vor der Zueignung im Besitzt hatte, „erlangt" werden kann, versucht § 350, Abs. 1 dadurch zu beantworten, daß er dem Erlangen, das „sich Aneignen" gleichstellt. Die herrschende Lehre [31]) bejaht fast einhellig mit der Begründung, daß der durch die Zueignung erworbene Eigenbesitz etwas anderes darstelle, als der bisherige

28) v. Buri, S. 41.
29) S. 182.
30) S. 448.
31) Vgl. S. 27.

Fremdbesitz. Eine ausdrückliche Regelung dieser Streitfrage erscheint daher im Hinblick auf die bisherige Rechtsprechung überflüssig. Der Tatbestand der Hehlerei verliert durch die Fassung des § 350, Abs. 1 zudem an Volkstümlichkeit, da dem Laien ein Nebeneinander von „erlangen" und „sich aneignen" unverständlich erscheint [32]).

Nach geltendem Recht ist der Versuch der Hehlerei straflos. Diese Regelung wurde mit Recht als fehlerhaft empfunden, denn mit Rücksicht auf die Gemeingefährlichkeit des Hehlers sind Mittel dringend erforderlich, die es ermöglichen, das hehlerische Treiben möglichst frühzeitig zu erfassen. Das Reichsgericht [33]) versucht zwar, dem Mangel dadurch abzuhelfen, daß es beim „Mitwirken zum Absatze" die Herbeiführung des Absatzes nicht für erforderlich hält. Derartige „Begriffsvergewaltigungen" erübrigen sich durch die Strafbarkeitserklärung des Versuches. Dadurch wird auch die Möglichkeit geschaffen, schon den bloßen Abschluß des obligatorischen Kaufvertrages über eine strafbar erworbene Sache zu bestrafen.

Die Streitfrage, ob auch der Bestohlene zu den „anderen", bei denen der Absatz der strafbar erworbenen Sache erfolgen soll, gehöre, wurde beantwortet durch Weglassung des Wortes „bei anderen". In Zukunft wird daher auch der als Hehler zu bestrafen sein, der im Wege eines selbständigen Geschäfts gegen Entgelt dem Bestohlenen seine Sache zurückgibt.

Im subjektiven Tatbestande ist die Vorsatzvermutung der lex lata weggefallen. Mit Recht! Sie hat nur Anlaß zu unnützen Streitfragen gegeben.

Wie bisher wird es der Rechtsprechung und dem Schrifttume überlassen bleiben, eine befriedigende Lösung für die zahlreichen Streitfragen zu finden, die sich an das Verhältnis der Teilnahme an der Vortat zur nachfolgenden Hehlerei usw. knüpfen. Eine gesetzliche Regelung würde zu sehr ins einzelne und dadurch zur Unübersichtlichkeit des Tatbestandes führen.

V. Abschließend soll noch kurz auf ein Bedenken eingegangen werden, das bei einem Vergleiche des Tatbestandes der fahrlässigen Hehlerei, § 352, mit den Normen unseres bürgerlichen

32) Schlüter, S. 441.
33) Vgl. S. 47.

Rechts aufkommt. Da in § 352 jede Art von Fahrlässigkeit unter Strafe gestellt ist, besteht die Möglichkeit, daß ein Gewerbetreibender wegen „Erwerbs verdächtiger Sachen" bestraft wird, obwohl ihm andererseits die §§ 932, 935 BGB das Eigentum daran verschaffen. Ein eigenartiges Ergebnis im Hinblick darauf, daß der fahrlässige Hehler doch deshalb bestraft werden soll, weil er eine rechtswidrige Vermögenslage aufrecht erhält. Im genannten Falle wird diese aber durch sein eigenes Handeln beseitigt. Um derartige Unstimmigkeiten zu vermeiden, dürfte es sich empfehlen, bei fahrlässiger Hehlerei nur den oberen Grad der Fahrlässigkeit, etwa in der Form der „Leichtfertigkeit", ausreichen zu lassen. Dadurch würde eine Uebereinstimmung mit § 932, Abs. 2 BGB erzielt werden.

§ 4. Der Hehlereitatbestand im kommenden nationalsozialistischen Strafgesetzbuche[34]).

Der besondere Teil des kommenden Strafgesetzbuches wird 5 Gruppen von Verbrechenstatbeständen enthalten:

1. Schutz des Volkes
2. Schutz der Volkskraft
3. Schutz der Volksordnung
4. Schutz der Volksgenossen
5. Schutz des redlichen Wirtschaftslebens.

Die fünfte Gruppe zerfällt in drei Abschnitte, deren zweiter von den Angriffen auf das Eigentum handelt und neben Raub, Diebstahl, Unterschlagung, Sachbeschädigung und Sachentziehung auch die Hehlerei regelt.

Die Aufrechterhaltungstheorie ist in der von Kohlrausch[35]) vorgeschlagenen Weise zugunsten der von der Teilnahme am Verbrechenserlös ausgeweitet worden. Die Ergebnisse der vergangenen Reformarbeiten wurden weitgehend berücksichtigt.

a) Was zunächst die Vortat anbetrifft, so genügt hier jede strafbare Handlung, die fremdes Vermögen verletzt. Das Akzessorietätsverhältnis ist nach dem Vorbilde der Entwürfe gelockert worden. Immerhin genügt nicht schlechthin objektive Rechtswidrigkeit der Vortat. Nur Schuldunfähigkeit des Vor-

34) Freisler, S. 26 ff.
35) Ebermayer 2 b zu § 259.

täters soll der Strafbarkeit des Hehlers nicht entgegenstehen, während Hehlerei ausgeschlossen ist, wenn der Vortäter irrte oder im Notstande handelte [36]).

b) Gegenstand: Ein neuer Ersatzhehlereitatbestand unter der Bezeichnung „Beteiligung an der Verbrechensbeute" soll gebildet werden. Im Gegensatz zu den bisherigen Entwürfen wird darauf verzichtet, die Strafbarkeit in kasuistischer Weise auf bestimmte Ersatzsachen auszudehnen und nach der zweiten oder dritten Sachgeneration den Faden wieder abzuschneiden [37]). Der Gedanke der Teilnahme an einem verwerflichen Gewinne führte andererseits zu einer Einengung der subjektiven Voraussetzungen: Eventualvorsatz ist ausgeschlossen, auch muß der Täter in der Absicht handeln, sich oder einen andern unberechtigt zu bereichern.

Ohne Vorbild in den früheren Entwürfen [38]) ist die Erweiterung des Aufrechterhaltungsgedankens auf Geld. Nach Ansicht der Kommission muß die hohe Vertretbarkeit dieses Wertträgers dazu führen, daß sich der Empfänger eingewechselten Geldes auch ohne „Wissentlichkeit" und ohne die Absicht unberechtigter Bereicherung strafbar macht.

c) Im subjektiven Tatbestande ist die Vorsatzvermutung des geltenden Rechtes gefallen, während das subjektive Schuldmoment „seines Vorteils wegen" in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte beibehalten wurde.

d) Im Anschluß an die Vorentwürfe wird ein Tatbestand fahrlässiger Hehlerei als „Erwerb verdächtiger Sachen" geschaffen.

Nach Kohlrausch [39]) werden folgende Bestimmungen in Aussicht genommen.

§ a) Hehlerei.

Der Hehler wird mit Gefängnis bestraft.

Hehler ist, wer seines Vorteils wegen eine Sache ankauft, zum Pfande nimmt, an sich bringt, verheimlicht oder absetzt, die ein anderer gestohlener oder sonst durch eine strafbare Verletzung

36) Kohlrausch, S. 515.

37) Kohlrausch, S. 511.

38) Erwähnenswert ist, daß der Gedanke, bei der Frage der Ersatzhehlerei in vertretbare und nicht vertretbare Sachen zu scheiden, bereits in der älteren Reichsgerichtsrechtsprechung auftaucht, vgl. E 26, 317/18.

39) S. 515.

fremden Vermögens erlangt hat, oder sich rechtswidrig zueignet. Bei Geld ist diese Vorschrift auch anwendbar, wenn an die Stelle des strafbar erlangten Geldes anderes Geld getreten ist.

Hat der Hehler gewerbsmäßig gehandelt oder liegt sonst ein besonders schwerer Fall vor, so ist die Strafe Zuchthaus oder Gefängnis nicht unter 6 Monaten.

§ b) Beteiligung an der Verbrechensbeute.

Wie ein Hehler wird bestraft, wer in der Absicht, sich oder einen anderen unberechtigt zu bereichern, wessentlich aus einer vorsätzlich begangenen strafbaren Verletzung fremden Vermögens Vorteil zieht.

§ c) Erwerb verdächtiger Sachen.

Wer im Handel oder Gewerbe seines Vorteils wegen eine Sache ankauft, zum Pfande nimmt, an sich bringt, verheimlicht oder absetzt, von der er aus Fahrlässigkeit nicht erkennt, daß ein anderer sie gestohlen oder sonst vorsätzlich durch eine strafbare Verletzung fremden Vermögens erlangt hat oder sich rechtswidrig zueignet, wird mit Gefängnis bis zu 2 Jahren oder mit Haft bestraft.

§ d) Selbständige Strafbarkeit des Hehlers.

In den Fällen der §§ a—c ist der Täter auch strafbar, wenn der Vortäter nicht schuldfähig ist.

4. Teil.

Die Ersatzhehlerei.

§ 1. Begriff und Wesen.

Der der Sachhehlerei der lex lata zugrunde liegende Aufrechthaltungsgedanke mußte zu ihrer Ausgestaltung als Sachverschiebungsdelikt führen. Weiterhin bedingte der Gedanke, daß der Angriff des Hehlers auf ein Einzelvermögen zu bestrafen ist, naturgemäß eine enge Verpflechtung des strafrechtlichen Bereichs mit dem zivilrechtlichen im Sinne des, den Aufbau der geltenden Vermögensdeliktstatbestände beherrschenden, ungeschriebenen Grundsatzes, daß die äußerste Grenze des strafrichterlichen Handelns

mit der Grenze des zivilen Unrechts zusammenfällt. Die herrschende Lehre hat das Anwendungsgebiet des § 259 darüber hinaus noch weiter eingeengt durch eine rein sachenrechtliche Auffassung, wonach der bezüglich der strafbar erworbenen Sache bestehende rechtswidrige Vermögenszustand durch den Uebergang der Sache in das unanfechtbare Eigentum eines anderen, als des Verletzten, sei es des Vortäters, sei es eines Dritten, sanktioniert wird, was sich insbesondere bei der Frage der Hehlerei an verarbeiteten Sachen (§§ 946 ff. BGB)[1]) auswirkt.

Diese, aus dem Perpetuationsgedanken heraus folgerichtige, zivilrechtliche Betrachtungsweise mißachtet die kriminalpsychologische Tatsache, daß es zwei Hehlertypen[2]) gibt, den „harmlosen Erwerber verdächtiger Sachen", der einmal den Lockungen, eine verdächtige Sache zu außerordentlich günstigem Preise zu erwerben, nicht widersteht. Seine Tätigkeit erschöpft sich im Weiterschieben der strafbar erworbenen Sache. Zu seiner Bekämpfung genügen die Mittel der lex lata.

Zahlenmäßig überwiegend jedoch ist die Gruppe der „Diebeszuhälter", jenes zweiten Typs, der durch seine unsichtbare Tätigkeit, sein bloßes Dasein, den moralischen Bundesgenossen des Diebes darstellt. In den seltensten Fällen kommt es ihm auf die unmittelbare Beute der diebischen Vermögensverletzung an, er geht vielmehr auf das Gewinnziehen aus der Vortat schlechthin aus. Sein Handeln, sein Dasein richtet sich weniger gegen das Vermögen des einzelnen Volksgenossen, als vielmehr gegen die Vermögensordnung als Ganzes. Es erschöpft sich nicht im Weiterschieben der strafbar erlangten Sache selbst, sondern im Erwerbe von Ersatzgegenständen jeder Art: Ware für Geld, Geld für Ware, Geld für Geld, Ware für Ware.

Der auf diese Weise gewonnene Begriff der Ersatzhehlerei muß noch weitergespannt werden. Gegenstand derselben ist nicht nur das, was im Wege des normalen Gütertausches an die Stelle der strafbar erworbenen Sache tritt. Während in den vorerwähnten Fällen die Ersatzsache und die ersetzte Sache wertmäßig vergleichbare, beliebig oft austauschbare Sachgüter darstellen, findet sich daneben die überaus zahlreiche Gruppe der Fälle, in denen

1) Vgl. S. 30, 31.
2) Kohlrausch, S. 500 ff., 512.

der zu ersetzenden Sache nur in Verbindung mit dem Ersatzgegenstande selbständige Bedeutung zukommt, deren einziger Wert gerade in der Möglichkeit der Ersatzbeschaffung liegt. Hieher gehört die große Zahl der Legitimationspapiere: Pfandschein, Sparkassenbuch, Garderobenmarke usw.

Von Ersatzhehlerei in diesem weiten Sinne soll im folgenden gehandelt werden. Im Vordergrunde steht hiebei die Frage, ob bereits auf Grund eines vom Perpetuationsgedanken beseelten Hehlereitatbestandes eine Bestrafung des Ersatzhehlers erreicht werden kann.

§ 2. Der Streit der Meinungen.

Gesunde Volksanschauung hat die Straflosigkeit des Ersatzhehlers von jeher als ungerecht empfunden. So kam es auch, daß bald nach dem Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches Versuche einsetzten, die Ersatzhehlerei mit der lex lata zu erfassen. Auch in der Praxis unserer obersten Gerichte finden sich Ansätze in dieser Richtung. So erklärte das Oberappelationsgericht Dresden in seinem Urteile vom 15. April 1875[3]: Unter „mittels einer strafbaren Handlung erlangt" können nicht bloß die unmittelbar auf strafbare Weise verschafften Gegenstände, sondern auch solche zu verstehen sein, welche, wie das aus dem Verkauf solcher Sachen gewonnene Geld, nur mittelbar von der strafbaren Handlung herrühren. Auch das Reichsgericht war ursprünglich nicht so ersatzhehlerfreundlich, wie heute. In R 2, 72 stand ein Angeklagter zur Aburteilung, der Geld angenommen hatte, welches durch Umwechseln eines dem Berechtigten in einem strafbaren Glücksspiele abgenommenen Sparkassenbuche erlangt worden war. Hiebei hat es ausgeführt: „Wenngleich der Gegenstand des unerlaubten Glücksspielgewinns das Sparkassenbuch des verlierenden Spielers gewesen ist, kann nicht in Zweifel gezogen werden, daß das aus dem Erlös des Sparkassenbuchs gewonnene Geld als eine mittels einer strafbaren Handlung erlangte Sache angesehen werden konnte, da die Verwertung des Sparkassenbuches notwendig war, um die durch das gewerbsmäßige Glücksspiel bedingte und dabei in Aussicht genommene Teilung des mit dem Spiele erlangten Objektes unter die Beteiligten ausführen zu können und deshalb die Teilung des Erlöses aus dem Sparkassenbuch der Teilung des

3) Goltd.Arch. Bd. 23, S. 362.

Objektes selbst gleichzuachten ist."

Die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts[4]) allerdings lehnt eine Bestrafung von Ersatzhehlerei in jeder Form ab, wenn auch mit verschiedener Begründung.

Auch das Schrifttum[5]) ist überwiegend ersatzhehlerfreundlich. Die große Zahl derer, die Bestrafung der Ersatzhehlerei ablehnen, hat lediglich in Beling[6]) und v. Bar Gegner gefunden. Beide gelangen teilweise zum selben Ergebnisse, allerdings bei völliger Verschiedenheit der Ausgangspunkte.

1. Beling hält zwar mit der herrschenden Lehre daran fest, daß die auf strafbare Weise erworbene Sache unmittelbar erlangt sein müsse, kommt jedoch auf Grund seiner Lehre von der Nachtäterschaft zu dem Ergebnisse, „von den Wirkungen der Nachhandlungen lasse sich recht wohl sagen, daß sie durch das Medium der strafbaren Handlung eingetreten seien". Er gelangt allerdings auf diesem Wege nur solange zu einer Bestrafung, als erst eine Surrogation stattgefunden hat. Die Geliebte des Diebes, die von diesem ein aus dem Erlöse von Diebesgut gekauftes Perlenhalsband annimmt, geht nach seiner Auffassung straffrei aus, da die Erlangung des Halsbandes nicht mehr als eine im Schatten des Diebstahls weilende Nachhandlung gelten kann. Der Kern der Belingschen Auffassung läßt sich in dem Satze zusammenfassen: Die Nachhandlungen erscheinen derart als zur Vortat gehörig unselbständig, daß sie unmöglich als neue, den Kausalzusammenhang zerreißende Handlungen gelten können.

Der Ausgangspunkt Belings ist unrichtig, denn genau, wie seine Gegner[7]) sucht er die Lösung vom Gesichtspunkte des Kausalzusammenhanges aus, während doch nach der lex lata entscheidend ist, ob der Ersatzhehler die durch die Vortat geschaffene, rechtswidrige Vermögenslage fortsetzt.

2. V. Bars[8]) Gegnerschaft gegen die herrschende Meinung hängt zusammen mit seiner Auffassung vom Wesen der Hehlerei. Er

4) Vgl. S. 99 ff.

5) Ebermayer 2, b zu § 259; Olshausen N. 5 zu § 259; Frank II, 3 zu § 259; Kohlrausch, STGB Anm. 4 zu § 259; v. Liszt S. 700; Allfeld S. 494; Gretener S. 184; Gudewill S. 38.

6) H., S. 69; V., S. 247, 254.

7) Vgl. S. 103.

8) v. Bar 2, S. 807/08.

vertritt die Lehre vom concursus post delictum subsequens und gelangt von ihr aus zu dem Ergebnisse, daß Hehlerei am Erlöse einer durch eine strafbare Handlung erlangten Sache möglich sei. Es kommt nach ihm darauf an, ob der Empfänger sich bewußt gewesen ist, daß er durch den Empfang die Möglichkeit des Ersatzes durch den Dieb schmälere. Treffe dies zu, so sei er als nachfolgender Teilnehmer Hehler. V. Bar vertritt sonach eine zivilistisch gefärbte Schadensersatztheorie; denn nach ihm ist derjenige nicht strafbar, der dem Dieb für den Erlös der gestohlenen Sache etwas Gleichwertiges verkauft, da dann die Reparationsfähigkeit des Diebes gewahrt bleibt. Es liegt auf der Hand, daß die Barsche Auffassung zu praktisch uneinheitlichen Ergebnissen führt.

In eine neue Phase ist der Streit um die Bestrafung der Ersatzhehlerei durch das Inkrafttreten der Strafgesetznovelle vom 28. Juni 1935 getreten, der zufolge nach dem neuen § 2 aus „gesundem Volksempfinden und aus Gesetz“ [9]) Recht geschöpft werden kann.

Es würde hier zu weit führen, auf die Streitfragen einzugehen, die sich um § 2 neuer Fassung entwickelt haben, insbesondere darauf, ob der dem Richter neuerdings erlaubte Analogieschluß in das Gebiet der Gesetzes- oder der Rechtsanalogie fällt. Richtiger Ansicht nach gestattet § 2 keine Rechtsanalogie. Letztere würde praktisch, wie Kohlrausch richtig betont [10]), zur Anerkennung freier Rechtsfindung oder eines strafrechtlichen Zentraltatbestandes führen. § 2 gestattet vielmehr dem Richter nur, ein bestimmtes Gesetz zur Bestimmung der Rechtsähnlichkeit und zwar sowohl bezüglich des Ob, als auch bezüglich des Wie der Bestrafung heranzuziehen [11]).

Für die vorliegende Frage ergibt sich hieraus:

Ist das Verhalten desjenigen, der nicht gestohlenes Gut, viel-

---

9) Kohlrausch, STGB, Ueberschrift zu § 2.

10) STGB, Anm. IV, 3 zu § 2. Anderer Ansicht Schwarz, 1 B zu § 2: Nach ihm ist die Frage, ob der Richter zur eigenen Rechtsfindung greifen soll, nach dem Inbegriff des völkischen Rechtsdenkens zu entscheiden, mithin im Wege der Rechtsanalogie; erst bei Bejahung dieses „Ob“ sei das „Wie“ der Bestrafung im Wege der Gesetzesanalogie zu entscheiden, nämlich das verwandte Strafgesetz herauszufinden. So auch Frank, Nachtrag S. 185/86.

11) So auch Dahm in JW 1936, S. 2502.

mehr eine dafür angeschaffte Sache an sich bringt, nach dem Grundgedanken des § 259 strafwürdig?

Das Amtsgericht Strausberg hat in der Entscheidung vom 15. Januar 1936 [12]) die Frage bejahend beantwortet, desgleichen Schwarz [13]); Becker [14]). Dem amtsgerichtlichen Urteile liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte hatte Lebens- und Genußmittel mitverbraucht, die der Dieb mit gestohlenem Gelde gekauft hatte. In den Gründen wird ausgeführt, § 259 könne zwar keine unmittelbare Anwendung finden, weil die gekauften Nahrungs- und Genußmittel nicht durch eine strafbare Handlung erlangt seien. Jedoch verdiene das Verhalten des Angeklagten nach dem Grundgedanken des § 259 Bestrafung. Es stehe außer Zweifel, daß der Angeklagte wegen Hehlerei hätte bestraft werden müssen, wenn das durch die Vortat erlangte Geld vor den durch den Vortäter getätigten Einkäufen geteilt worden wäre. Nach gesundem Volksempfinden könne es für die Strafwürdigkeit des Angeklagten keinen Unterschied machen, ob er einen Anteil am gestohlenen Gelde in bar oder an Lebens- und Genußmitteln, die mit seinem Wissen von diesem gestohlenen Gelde erworben worden seien, angenommen habe.

Das Urteil ist unrichtig. Es verkennt, wie Schäfer [15]) richtig hervorhebt, daß der Grundgedanke des § 259 „Aufrechterhaltung des durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Zustandes" keine Erstreckung der Strafbarkeit auf den Mitgenuß des Ersatzgegenstandes fordert. Andererseits gibt § 2 dem Richter keine Handhabe, um den Tatbeständen der lex lata neue Grundgedanken zu unterschieben.

Der Perpetuationsgedanke verbietet uns daher auch, im Wege der ausdehnenden Auslegung des § 259 zu einer Bestrafung der Ersatzhehlerei zu gelangen.

Im Ergebnis ist also der herrschenden [16]) Meinung zuzustimmen: De lege lata ist eine Bestrafung der Ersatzhehlerei unzulässig.

12) Veröffentlicht in JW 1936, S. 1229 f., mit Anm. von Schäfer.

13) 3. und 4. Aufl. Anm. 2 A zu § 259 und Anm. 3 F zu § 2.

14) GerS. Bd. 106, S. 440; vgl. auch zur Frage der Analogieanwendung Kohlrausch, STGB, Anm. II zu § 2 und 4 zu § 259; Siegert in JW 1935, S. 891.

15) In der Anmerkung zu dem genannten Urteile.

16) Anderer Ansicht das Oberlandesgericht Dresden in DSTR 1937, S. 432 ff. Es ist der Auffassung, daß schon im geltenden Rechte das Wesen der Hehlerei nicht ausschließlich in der Aufrechterhaltung einer durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage bestehe, sondern daneben auch in der Teilnahme an einem verwerflichen Gewinne.

§ 3. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Das oberste deutsche Gericht hat die in R 2, 72 vertretene Auffassung bald aufgegeben. In E 23, 54 bereits wird ausgeführt, daß für jene Sparkassenbuchentscheidung die „eigentümliche Natur des Objektes maßgebend gewesen sei, welches an und für sich keinen Wert besitze, da derselbe vielmehr lediglich in der durch dasselbe beurkundeten Einlage bestehe". In E 26, 318 schließlich wird die vorgenannte Ansicht völlig aufgegeben.

Seit den 90er Jahren des vorigen Jahrhunderts jedenfalls ist die Ersatzhehlereirechtsprechung des Reichsgerichts[17]) vom Grundsatze der Identität von strafbar erworbener und gehehlter Sache beherrscht. Die Begründung allerdings ist nicht einheitlich. In E 58, 117 wird ausgeführt, die auf der Unmittelbarkeit fußende Auslegung sei durch den klaren und bestimmten Wortlaut des Gesetzes bedingt. Gleichzeitig wird zugegeben, sie möge zwar nicht immer den Bedürfnissen des täglichen Lebens gerecht werden.

In E 26, 317 ff. sodann werden zugunsten der Beschränkung des Hehlereigegenstandes Gründe der Verkehrssicherheit ins Feld geführt. Eine Unterscheidung nach Vertretbarkeit und Nichtvertretbarkeit der Sachen wird ausdrücklich abgelehnt. Wiederum wird zugegeben, die strenge Durchführung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes sei geeignet, zu willkürlichen, wesentlich äußerlichen Distinktionen zu führen. Befinde man sich aber einmal vor der Alternative, sich derartige äußerliche Distinktionen gefallen lassen zu müssen oder aber mit Aufgabe der Unmittelbarkeit des durch eine strafbare Handlung erlangten Objektes jeden im Tauschverkehr an die Stelle des letzteren getretenen Gegenstand, und zwar nicht nur durch den ersten Tausch substituierten, sondern jegliche, in der unendlichen Reihenfolge heutigen Güterverkehrs durch irgendwelche Transaktionen an die Stelle des ursprünglich vitiösen Objektes getretene Sache dem Schutze des § 259 zu unterwerfen, so könne nicht zweifelhaft sein, daß die Begrenzung des Hehlereibegriffes den Vorzug vor der Unbegrenztheit desselben verdiene.

In derselben Richtung geht die in E 23, 53 f. angestellte Ueberlegung: Eine gestohlene Sache ist auch in zweiter oder

17) R 2, 164; 5, 476; E 2, 443; 4, 321; 8, 433; 20, 399; 23, 27; 23, 53;

dritter Hand noch Gegenstand der Hehlerei, unter der Voraussetzung allerdings, daß bei den Besitznachfolgern böser Glaube vorliegt und ihre Kette nicht durch das Dazwischentreten eines Gutgläubigen durchbrochen wird. Schon daraus müsse sich ergeben, daß neben dieser nicht noch eine zweite, durch das mittels Umwechselung der Sache erlangte Geld eröffnete Kette von Hehlereien laufen könne.

Nur gelegentlich stößt das Reichsgericht zum Kern des Ersatzhehlereiproblems vor, so in E 23, 53, wo ausgeführt wird, der Grundsatz der Unmittelbarkeit ergebe sich aus dem inneren Wesen der Hehlerei, eben dem Perpetuationsgedanken und nur gerade durch die Rückkehr des gestohlenen Objektes selbst zum Bestohlenen könne die durch den Vortäter verursachte Rechtsverletzung durch die Wiederherstellung des früheren Zustandes ausgeglichen werden. Auch in E 26, 318 trifft das Reichsgericht den Kern des Problems: Entscheidend ist der Gesichtspunkt der nur unter der Voraussetzung der Unmittelbarkeit möglichen Kontinuität der diebischen und hehlerischen Rechtsverletzung dem bestohlenen, sein gestohlenes Gut verfolgenden Eigentümer gegenüber.

Man kann sich dabei des Eindrucks nicht erwehren, daß die klare Sicht des Reichsgerichts durch den Begriff des „vitium rei inhaerens" verdunkelt wird. In E 23, 53 spricht es vom vitium rei inhaerens, das immer noch vorhanden sein müsse. In E 26, 318 wird ausgeführt, entscheidend sei der Gesichtspunkt des dem gestohlenen Objekte individuell und unmittelbar anhaftenden Fehlers. Der Begriff des Makels, dem allenfalls eine Veranschaulichungsfunktion zukommt, verleitet das Reichsgericht zu einer naturalistischen Betrachtungsweise, wie später [18]) noch darzulegen sein wird.

Wie schon erwähnt, ist sich das Reichsgericht der Tatsache bewußt, daß die strikte Durchführung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes zu Ergebnissen führt, die mit dem gesunden Volksempfinden im Widerspruch stehen. Interessant ist nun, zu verfolgen, auf welchem Wege das Reichsgericht versucht, hier Abhilfe zu schaffen:

Der E 4, 321 liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Dieb A

18) Vgl. S. 106.

selben wurde zwischen ihm und dem Hehler Z vereinbart, Z solle die Hälfte des Hundertmarkscheines erhalten. Anschließend erfolgte die Uebergabe des Wechselgeldes an Z. Das Reichsgericht stiehlt einen Hundertmarkschein. Vor der Umwechselung desentschied: Die im Urteil des Vorderrichters enthaltene Feststellung, Z habe sich von A die Hälfte des gestohlenen Hundertmarkscheins geben lassen, ist dahin zu verstehen, daß unmittelbar nach Ausführung der Tat und noch vor der nachmals geschehenen Umwechslung die Einräumung eines Anteiles an dem Hundertmarkschein selbst an Z verlangt und von A gewährt, durch die solchergestalt zum Ausdruck gelangte übereinstimmende Willenserklärung beider Beteiligten also bereits für sie eine Gemeinschaft an dem Diebstahlsobjekte nach ideellen Anteilen begründet worden sei. Nicht die Auszahlung der Hälfte des Umwechslungsbetrages, sondern das vorausgegangene „Gebenlassen der Hälfte Hundertmarkscheines", die auf die Einräumung eines Anrechtes auf die Hälfte des gestohlenen Gegenstandes abzielenden und den Eintritt dieses Erfolges vermittelnde Vereinbarung der Beteiligten hat den Akt dargestellt, durch welchen Z einen Teil der durch die strafbare Handlung erlangten Sache selbst an sich gebracht hat.

Eine ähnliche, dem Wunsche, einen Teil der Ersatzhehlereifälle, wenn auch auf Umwegen, zu erfassen, entsprungene Notkonstruktion findet sich in E 47, 313: Die Beschwerdeführer J und O hatten mit dem Diebe H vereinbart, das aus dem Diebstahle noch vorhandene Geld zu teilen. Das Reichsgericht führt hiezu, in Abweichung von der vorgenannten Entscheidung, aus, eine Rechtsgemeinschaft zu ideellen Anteilen habe allerdings nach geltendem Rechte an dem gestohlenen Gelde nicht begründet werden können, da H als Dieb nicht Eigentümer und O und J nicht gutgläubig (§§ 929, 932 BGB) gewesen seien. Es könne also nur ein gemeinschaftlicher Besitz im Sinne des § 866 BGB begründet worden sein. Im Erwerbe eines solchen Mitbesitzes sei ein Ansichbringen des gestohlenen Geldes zu erblicken.

In JW 1936, S. 730 ff. sodann findet sich eine Entscheidung, die durch eine Vergewaltigung des Begriffes „Ansichbringen" zur Erfassung eines typischen Ersatzhehlereitatbestandes gelangt. Der Angeklagte hatte Pfandscheine über gestohlene Kleiderstoffe an sich gebracht. Eine Einlösung derselben fand nicht statt. In

den reichsgerichtlichen Gründen wird ausgeführt, der Angeklagte habe die Diebesbeute „an sich gebracht". In Wirklichkeit hat ein Weiterschieben derselben nicht stattgefunden, der Angeklagte hatte durch den Ankauf der Pfandscheine infolge deren Rechtsscheinwirkung vielmehr erst die tatsächliche Möglichkeit erworben, die Diebesbeute selbst in seine Verfügungsgewalt und damit an sich zu bringen.

Das Bedenkliche derartiger Notkonstruktionen liegt auf der Hand.

§ 4. Kritik der herrschenden Lehre.

Der vom Reichsgericht in E 58, 117 beschrittene Weg, durch eine streng grammatikalische Auslegung des Wortlautes von § 259 zum Grundsatze der Unmittelbarkeit des Hehlereigegenstandes zu gelangen, war irrig. Es ist eben nicht so, daß „der klare und bestimmte Wortlaut des Gesetzes" zu diesem Ergebnisse führt, denn die Worte „mittels einer strafbaren Handlung" ergeben keinesfalls eine Beschränkung im Sinne der herrschenden Meinung. Verlangt ist vielmehr nur, daß die strafbare Handlung im Kausalzusammenhange mit der Erlangung stehe. Die Zahl der ihn vermittelnden Glieder bleibt nach dem Wortlaute des § 259 offen. Insoweit ist dem schon erwähnten Urteile des Oberappellationsgerichts Dresden[19]) vom 15. April 1875 beizupflichten, das aus dem Worte „mittels" keinerlei Einschränkung herauszulesen vermochte.

Man kann auf grammatikalischem Wege aber auch nicht zu der Auslegung gelangen, daß die strafbare Handlung selbst den Erlangungsakt enthalten müsse. Diesen Weg geht das Reichsgericht selbst nicht, denn nach ständiger Rechtsprechung[20]) kann die Vortat der Hehlerei auch in einem Meineid oder einer Urkundenfälschung bestehen, deren Tatbestand das Erlangen einer Sache nicht wesentlich ist.

Auch die Entstehungsgeschichte des § 259 gibt uns keinen Aufschluß, denn die Worte „mittels einer strafbaren Handlung erlangt" waren weder in der Reichstagskommission noch im Plenum Gegenstand einer Erörterung[21]).

19) Vgl. S. 95.
20) E 6, 221; 39, 236.
21) Vgl. Stenographische Berichte, S. 685, 717, zitiert in E 6, 224.

Im übrigen scheint es das Reichsgericht mit der Berufung auf den Gesetzeswortlaut selbst nicht ernst zu nehmen, denn in E 26, 317 ff. wird zugegeben, daß trotz des Gesetzeswortlauts der Richter vor der Alternative stehe, dem Grundsatze der Unmittelbarkeit den Vorzug zu geben oder aber auf eine Begrenzung des Hehlereiobjektes überhaupt zu verzichten.

Die weitere, vom Reichsgericht gegebene Begründung, die Sicherheit des Rechtsverkehrs erheische den Grundsatz der Unmittelbarkeit, trifft nicht den Kern des Problems. Denn einmal erscheint es uns zweifelhaft, ob dem Richter bei der Auslegung des Gesetzes derartige Erwägungen gestattet sind. Jedenfalls sind die vom Reichsgericht angestellten Erwägungen nicht stichhaltig, was schon daraus hervorgeht, daß man sich bei den Reformarbeiten ausdrücklich über die Gründe der Verkehrssicherheit hinwegsetzte [22]).

Der herrschenden Lehre ist der Vorwurf nicht zu ersparen, daß sie versucht, das durch den Perpetuationsgedanken bedingte Ergebnis auch noch auf anderem, ungangbarem Wege zu begründen. So wird von Olshausen [23]) der Gesichtspunkt des Kausalzusammenhangs verwertet. Er führt aus, der notwendige Kausalzusammenhang sei unterbrochen, wenn an Stelle der durch die Straftat erlangten Sachen andere getreten seien. Dies ist jedoch nur eine irrige Beschreibung der aus dem Perpetuationsgedanken zu ziehenden Folgerung, daß gestohlene und gehehlte Sachen wegen der Aufrechterhaltung der ersten Rechtsverletzung identisch sein müssen. Vom Olshausenschen Standpunkte aus müßten die Vertreter der Bedingungstheorie zu einer Bestrafung der Ersatzhehlerei gelangen, denn der Begriff der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges ist ihnen bekannt.

Ebenso abwegig, wie das Heranziehen der Kausaltheorie ist die Verwendung des Gesichtspunktes vom „vitium rei inhaerens". Dieser Begriff ist allenfalls dazu geeignet, die Identität von gestohlenem und gehehltem Gegenstande zu veranschaulichen. Die herrschende Meinung bleibt jedoch hiebei nicht stehen, geht vielmehr dazu über, eine Perpetuierung der vortäterischen Rechtsver-

22) Vgl. Begründung des Vorentw. 1909, S. 782: Gerade die gesteigerte Umsatzmöglichkeit, die Leichtigkeit, Diebesgut abzusetzen und der daraus sich ergebende Anreiz zum Diebstahl fordere die Ausdehnung des Hehlereibegriffes.

23) N. 5 zu § 259.

letzung immer dann als gegeben anzunehmen, wenn infolge Identität von gestohlener und gehehlter Sache das vitium rei inhaerens noch fortbesteht. Wie sehr diese Auffassung zu einer naturalistischen Betrachtungsweise führt, beweisen die Ausführungen in der Dissertation Frankfurters [24]). Auch das Reichsgericht verwendet den Begriff des vitiums [25]), allerdings nicht bis zur letzten Konsequenz, denn sonst hätte es schwerlich dazu gelangen können, Hehlerei bei Meineid oder Urkundenfälschung als Vortat anzunehmen.

Im folgenden nun soll nachgewiesen werden, daß die vom Gedanken des vitium rei inhaerens ausgehende naturalistische Betrachtungsweise das Reichsgericht zu Ergebnissen geführt hat, die von dem von ihm in anderen Rechtsfragen eingenommenen Standpunkte aus zu vermeiden gewesen wären. Wir denken hiebei an die Frage der Hehlerei bei Gegenständen, die durch Verwertung von gestohlenen Legitimationspapieren erlangt wurden.

Das Reichsgericht wendet den Grundsatz der Straflosigkeit der Ersatzhehlerei ohne Einschränkung an, es spricht insbesondere ständig frei, wenn sich jemand vom Diebe eines Sparkassenbuches Geld geben läßt, das der Dieb mittels Vorlage des Buches bei der Sparkasse abgehoben hatte, denn mittels des Diebstahls sei nur das Buch, aber nicht das Geld erlangt. Das Geld sei erst durch das Abheben erlangt worden, dieses sei aber keine strafbare Handlung [26]). Selbst wenn bei der Abhebung die Tatbestandsmerkmale des Betrugs vom Dieb erfüllt worden seien, sei dieser als straflose Nachtat des Diebstahls zu beurteilen, komme daher für § 259 STGB als Vortat nicht in Betracht [27]). Die im Schrifttum überwiegende Meinung folgt der reichsgerichtlichen Rechtsprechung [28]).

Das Reichsgericht ist sich jedoch bewußt, daß gerade in diesen Fällen seine Ergebnisse der gesunden Volksanschauung widersprechen [29]). Es ist daher bestrebt, auf Umwegen zu einer Bestra-

24) Wann ist eine Sache mittels einer strafbaren Handlung erlangt. Diss. Erlangen 1898, S. 31.
25) E 23, 53.
26) Vgl. insbesondere E. 26, 317 f.; 39, 236 ff.
27) E 39, 236 ff.
28) Ebermayer 4 zu § 259; Frank II, 3 zu § 259.
29) E 26, 318.

fung dieser Ersatzhehlereifälle zu gelangen. Es sucht nach strafbaren Handlungen, die das Erlangen des Geldes selbst betreffen, sei es eine Begünstigung durch einen Dritten, begangen dadurch, daß dieser auftragsgemäß für den Dieb das Geld abhebt, oder einen Betrug, begangen bei der Abhebung des Geldes[30]).

Vorweg sei genommen, daß wir im Ergebnisse dem Reichsgerichte mit der im folgenden[31]) noch zu machenden Einschränkung zustimmen und Ersatzhehlerei in den genannten Fällen für straflos halten, aber aus Gründen, die mit der Beantwortung der Frage zusammenhängen, ob die Wegnahme eines Sparkassenbuches zwecks Abhebung des darin verbuchten Betrages als Diebstahl im Sinne des § 242 zu würdigen ist.

Das Reichsgericht vertritt in neuerer Rechtsprechung die sogenannte Sachwertstheorie, nach der sich der Dieb nicht etwa die Sachsubstanz, sondern den Sach- und Verkehrswert des Sparkassenbuches zueignet[32]).

U. E. handelt es sich hiebei um eine Notkonstruktion des Reichsgerichts. In Wirklichkeit handelt es sich beim Sparkassenbuch-Diebstahl" um die rechtswidrige Aneignung einer Forderung, die straflos ist, insbesondere auch neuerdings nicht mittels § 2 erfaßt werden kann, da unser Strafgesetzbuch keinen Tatbestand der Zueignung unkörperlicher Vermögensgegenstände kennt. Der lex lata fehlt ein § 816 BGB entsprechender Paralleltatbestand.

Vom reichsgerichtlichen Standpunkte aus jedenfalls erscheint Hehlerei von Ersatzgegenständen, die durch die Verwertung von Legitimationspapieren erlangt wurden, schon de lege lata erfaßbar.

a) Schon eine oberflächliche Betrachtungsweise ergibt, daß die vom Reichsgerichte gegen die Ersatzhehlerei ins Feld geführten Gründe in den genannten Fällen nicht durchschlagen. Nach seiner Ansicht verbietet sich die Hehlerei aus Gründen der Verkehrssicherheit, da mehrere Hehlereiketten nebeneiander her laufen würden. Beim Legitimationspapiere trifft dies nicht zu. Nach der Verwertung desselben ist es selbst wertlos geworden und wird

30) RG in DJZ 1910, S. 260.

31) Vgl. S. 107.

32) E 26, 151 ff.; 26, 239; 50, 254; 50, 59. So auch Frank VII, 2 a zu § 242. 2 a zu § 242.

regelmäßig aus dem Verkehr gezogen. Als Objekt der Hehlerei verbleibt allein die an seine Stelle getretene Sache. Es gibt sonach nur eine Kette der Hehlerei:

b) Aber auch der Perpetuationsgedanke führt zu diesem Ergebnisse. Bei der Verwertung eines Legitimationspapieres handelt es sich nicht um Erlös und Umsatz im gewöhnlichen Sinne. Die Vortat, „Diebstahl" des Sparkassenbuches erschöpft sich erst im Abheben. Dieses auch ist der einzige Sinn und Zweck der Vortat. Dem Diebe kommt es ja nicht darauf an, das Sparkassenbuch als körperliche Sache zu besitzen, er legt einzig und allein Wert auf die ihm eigene Rechtsscheinwirkung, § 808 BGB[33]). Zuzugeben ist zwar, daß nicht Geld des Bestohlenen, sondern Geld der Sparkasse abgehoben wird. Wirtschaftlich betrachtet ist es eben doch Geld des Bestohlenen, denn seinem Guthaben wird es abgeschrieben. Diese Anschauung ist dem Reichsgericht auch nicht fremd, denn in R 2, 72 spricht es von Identität von Buch und Einlage. Ohne Bedeutung ist auch, in wessen Eigentum das abgehobene Geld gelangt, hierüber später[34]), denn bei Geld ist der Surrogationsgedanke so stark, daß die rein bürgerlich rechtliche Eigentumsfrage völlig in den Hintergrund tritt. Es ist auch nicht etwa so, daß es sich im Falle einer Rückgabe des abgehobenen Geldes um eine bloße Entschädigung des Verletzten handeln würde, wie in den übrigen Fällen der Ersatzhehlerei. Die Beseitigung der rechtswidrigen Vermögenslage kann vielmehr nur auf diesem Wege geschehen, da die Rückgabe des entwerteten Legitimationspapieres diesen Erfolg nicht herbeiführen kann.

An dieser letzten Folgerung hindert das Reichsgericht die Verwendung des Begriffes vom vitium rei inhaerens, der es dazu verleitet, Kontinuität der Rechtsverletzung und Identität von gestohlener und gehehlter Sache einander gleichzusetzen. Die Unrichtigkeit dieser Gleichsetzung ist sehr einfach zu widerlegen. Im Normalfalle der Ersatzhehlerei, wenn nämlich die Vortat eine selbständige Vermögensverletzung darstellt, sind wir berechtigt, zu sagen, die Identität von gestohlener und gehehlter Sache sei nicht gegeben und infolgedessen auch nicht die Kontinuität der Rechtsverletzung, denn in diesem Falle bewegt sich das

33) Vgl. auch RGZ 75, 359.
34) Vgl. S. 107.

Surrogat außerhalb der Strafrechtssphäre. Beim Legitimationspapiere liegen die Verhältnisse wesentlich anders. Die Wegnahme des Papiers und seine Verwertung stellen eine natürliche Einheit dar. Erst in der Abhebung gipfelt die eigentliche Rechtsverletzung und sie allein wird vom Hehler fortgesetzt. Bei der Wegnahme des Papiers handelt es sich sozusagen um einen Gefährdungsakt, denn eine Vermögensverletzung ist damit noch nicht eingetreten.

Aus alledem folgt, daß der Perpetutationsgedanke aus reichsgerichtlichen Gedankengängen heraus zur Bestrafungsmöglichkeit der genannten Fälle führen muß. Der Kreis der in diesen Bereich fallenden Lebenstatbestände ist durchaus nicht klein. Es kann hiernach Gegenstand der Hehlerei sein: Geld, das mittels einer gestohlenen Ueberbringerquittung vom Dieb abgeholt wird; Geld, das der Dieb auf ein gestohlenes Los abhebt; der Gegenstand, der auf eine gestohlene Garderobenmarke vom Dieb abgeholt wird usw.

Die Frage des Eigentumsüberganges an dem vom Diebe eines Sparkassenbuches abgehobenen Gelde ist insofern von Bedeutung, als unter Umständen schon wegen Unterschlagung bestraft werden kann:

Sieht der Kassier der Sparkasse den abhebenden Dieb als Bevollmächtigten des Gläubigers an oder tritt dieser als Bevollmächtigter des Gläubigers auf, so erwirbt er kein Eigentum an dem Gelde, da in beiden Fällen eine Einigung über den Eigentumsübergang, § 929 BGB, nicht stattfindet. Verbraucht der Dieb nachträglich das Geld, gibt er es einem Dritten weiter, so begeht er eine Unterschlagung, die als Vortat nachfolgender Hehlerei dienen kann, sofern nicht die Umstände des Einzelfalles so gelagert sind, daß eine Bestrafung wegen Betruges erfolgen kann, wenn nämlich der Dieb durch sein Auftreten als Bevollmächtigter eine Täuschungshandlung begeht und dadurch bei dem verfügenden Kassier einen Irrtum hervorruft. In diesem Falle ist die nachträglich erfolgte Zueignung des Geldes nicht gesondert als Unterschlagung strafbar—straflose Nachtat.

Auf einen Sonderfall muß noch kurz eingegangen werden: In der Regel werden bei der Abhebung des Geldes mittels des gestohlenen Sparkassenbuches durch den Dieb die Tatbestandsmerk-

male des Betruges nicht vorliegen. Wird nämlich stillschweigend auf Grund der Inhaberklausel abgehoben, so pflegt der Beamte der Sparkasse eine Prüfung der Ermächtigungsfrage nicht vorzunehmen [35]). Damit jedoch mangelt es an einer Irrtumserregung auf seiten des Verfügenden. Anders dann, wenn der Abhebende unwahre Angaben über die Herkunft des Sparkassenbuches macht [36]). In diesen Fällen ist der Tatbestand des Betruges gegeben; da durch ihn jedoch der Gläubiger des Guthabens geschädigt wird, liegt eine straflose Nachtat vor [37]) [38]). Nun ist allgemein anerkannt [39]), daß als Vortat der Hehlerei nicht notwendig eine in concreto strafbare Handlung gegeben sein muß. Auch scheint sich neuerdings in der Rechtsprechung des Reichsgerichts [40]) die Auffassung durchgerungen zu haben, daß die straflose Nachtat strafrechtlich nicht völlig unerheblich ist, daß es sich bei ihr vielmehr um eine im voraus bestrafte Nachtat handelt. In der Tat ist nicht einzusehen, weshalb die Straflosigkeit der Nachtat auch auf den Hehlerkreis übergreifen soll, zumal da § 259 einen völlig verselbständigten Tatbestand enthält, was ja auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt ist [41]). Man wird infolgedessen nicht zu weit gehen, wenn man der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts vorwirft, daß sie, im Ergebnisse wenigstens, zum concursus ad delictum subsequens zurückgekehrt ist.

Die Straflosigkeit des Vortäters läßt die Tatsache unberührt, daß das von ihm abgehobene Geld „mittels einer strafbaren Handlung" erlangt wurde.

§ 5. Die Ersatzhehlerei de lege ferenda.

Nach den Ergebnissen der zweiten Lesung der amtlichen Strafrechtskommission [42]) wurde folgender Ersatzhehlereitatbestand

35) Ebermayer 2, b zu § 259.
36) RMG 15, 295.
37) E 39, 238; 49, 18; Ebermayer II, 1 zu § 242, 10 zu § 263.
38) Nach der hier vertretenen Auffassung liegt ein selbständiger Betrug zum Nachteile des Gläubigers vor, infolgedessen taucht das Problem der Ersatzhehlerei nicht auf.
39) Vgl. S. 23, 24.
40) E 67, 76.
41) E 55, 234.
42) Kohlrausch, S. 515.

unter der Bezeichnung „Beteiligung an der Verbrechensbeute“ in Aussicht genommen:

„Wie ein Hehler wird bestraft, wer in der Absicht, sich oder einen andern unberechtigt zu bereichern, wissentlich aus einer vorsätzlich begangenen strafbaren Verletzung fremden Vermögens Vorteil zieht.“

Gegenüber den früheren Entwürfen hat eine grundsätzliche Veränderung des Standpunktes platzgegriffen. Auch diese sind von der Theorie der Beteiligung am Verbrechenserlöse ausgegangen, haben sich aber darauf beschränkt, die Strafbarkeit bezüglich der einzelnen Generationen von Ersatzsachen genau festzulegen und gelangen auf diesem Wege zu einer Kombination [43]) der Teilnahme- und der Aufrechterhaltungstheorie.

Dem gegenüber hat die Strafrechtskommission beide Anschauungen als gleichberechtigt ausgestaltet und dies auch äußerlich durch Schaffung eines neuen Tatbestandes zum Ausdruck gebracht, der ohne Rücksicht auf die Länge der von der strafbar erworbenen zur Ersatzsache führenden Kette schlechthin die Teilnahme am Gewinn [44]) unter Strafe stellt. Den kriminalpsychologischen Tatsachen ist dadurch Rechnung getragen:

Der Aufrechterhaltungstatbestand ist auf einen Tattyp, der Ersatzhehlereitatbestand auf einen Tätertyp abgestellt [45]).

Um jedoch die Strafbarkeit nicht ungebührend auszudehnen und dadurch Fälle zu treffen, in denen die gesunde Volksanschauung eine Bestrafung mißbilligen würde, ist die Teilnahme am Gewinn nur dann unter Strafe gestellt, wenn der Täter „weiß“, daß er aus einer strafbaren Verletzung fremden Vermögens stammt, dolus eventualis scheidet demnach aus. Demselben Ziele dient die Einfügung eines subjektiven Schuldmomentes „in der Absicht, sich oder einen anderen unberechtigt zu bereichern“. Der Begriff „unberechtigt“ ist in wirtschaftlichem Sinne zu deuten,

43) Kohlrausch, S. 511.

44) Es wird sich empfehlen, bei der dogmatischen Erfassung des neuen Ersatzhehlereitatbestandes nicht zur Figur des concursus post delictum subsequens zurückzukehren, denn für die Begriffe der modernen Strafrechtsdogmatik bedeutet „nachfolgende Teilnahme“ einen Widersinn. Andererseits werden wir auch im Zeichen des Willensstrafrechts ohne scharf gefeilte Begriffe nicht auskommen.

45) Kohlrausch, S. 512.

seine Voraussetzungen sind gegeben, wenn die Ersatzsache zu einem Preise übertragen wurde, der über das Maß des Handelsüblichen hinausgeht.

Der Gedanke, daß bei vertretbaren Sachen, im besonderen bei Geld, der Aufrechterhaltungsgedanke eine nur untergeordnete Rolle spielt, taucht mehrfach in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung auf[46]). Die Strafrechtskommission hat ihm Rechnung getragen und Geld, als eine Sache von hoher Vertretbarkeit, aus dem Ersatzhehlereibereich ausgeschieden. Kohlrausch[47]) führt hiezu aus, die Einschränkung des subjektiven Ersatzhehlereitatbestandes würden bei Geld die Strafbarkeit unsachgemäß einengen, man müsse jedoch zugeben, daß diese Regelung zu eigenartigen Ergebnissen führe, besonders in den Fällen, wo die Strafwürdigkeit problematisch erscheine. Es würden sich folgende u. E. unberechtigte Unterscheidungen ergeben: Der Arzt, der den Einbrecher behandelt, darf eine von diesem gestohlene, individuelle Sache keinesfalls in Zahlung nehmen, selbst dann nicht, wenn sie ihrem Werte nach eine angemessene Gegenleistung darstellen würde. Bei der Annahme des Sacherlöses wäre er nur dann strafbar, wenn er wüßte, woher er stammt, und wenn er sich dabei unberechtigt bereichern wollte, d. h. ein Honorar von unangemessener Höhe nehmen wollte. Hätte dagegen der „Patient" Geld entwendet, so wäre es dem Arzte unter allen Umständen verwehrt, an seine Stelle getretenes Wechselgeld anzunehmen. Mit Recht sagt Kohlrausch a. a. O., dieses Ergebnis müsse nochmals geprüft werden.

Schlüter[48]) hat in seiner eingehenden Untersuchung über das Problem der Ersatzhehlerei 7 Lebenstatbestände ausgewählt, und diese unter dem Gesichtspunkte der Strafwürdigkeit geprüft Eine Subsumtion des Falles g)[49]) unter die neue Vorschrift ergibt, daß der Verwandte des Kriegsteilnehmers als Ersatz-

46) Vgl. z. B. E 4, 321.

47) S. 512.

48) S. 449 ff.

49) Schlüter gibt hier folgenden Tatbestand: Ein Kriegsteilnehmer besitzt 15 Jahre nach Kriegsschluß eine im Kriege entwendete Sache. Seine Verwandten geraten in Not. Er verkaufte daraufhin die strafbar erlangte Sache. Von dem Erlöse gibt er einem Verwandten, der die Vorgänge kennt, ein Darlehen.

49) S. 449 ff.

hehler zu bestrafen wäre, obwohl unser Rechtsempfinden dieses Ergebnis mißbilligt.

Die Tatsache, daß derartige Grenzfälle mit der von der Strafrechtskommission in Aussicht genommenen Vorschrift sich nicht befriedigend regeln lassen, ist u. E. nicht geeignet, die Zweckmäßigkeit des von der Kommission eingeschlagenen Weges in Frage zu stellen. Zu berücksichtigen ist insbesondere auch, daß unser kommendes Strafverfahrensrecht wohl eine dem § 153, Abs. 2 STPO entsprechende Bestimmung enthalten wird, deren Anwendung die Nichtverfolgung derartiger strafunwürdiger Grenzfälle ermöglichen wird.

Jedenfalls bietet die von den früheren Entwürfen vorgeschlagene kasuistische Regelung der Beschränkung der Ersatzhehlerei auf bestimmte Sachgenerationen den Nachteil, daß strafwürdige Fälle sich mit ihr nicht erfassen lassen[50]), andererseits ist auch bei ihr nicht die Gewähr für eine befriedigende Regelung des oben genannten Grenzfalles geboten, denn auch nach der engen Fassung des Entwurfs 1909 beispielsweise wäre der im Schlüterschen Beispiele erwähnte Verwandte des Kriegsteilnehmers zu bestrafen.

Die Fassung der neuen Vorschrift ist besonders auch deshalb zu begrüßen, weil sie eine glückliche Vereinigung des Gedankens des Willensstrafrechtes mit dem des Rechtsgüterschutzes darstellt. Denn schon ihr Wortlaut ergibt, daß der Schutz der Vermögensordnung als Ganzes angestrebt werden soll.

50) Vgl. die Ausführungen Schlüters, S. 451 ff.

Lebenslauf.

Ich wurde am 5. April 1912 zu Schwäbisch Gmünd als Sohn des Volksschullehrers Karl Wille und seiner Ehefrau Marie, geb. Mayer, geboren und bin deutscher Staatsangehörigkeit. Nach dem Besuche des Realgymnasiums in Schwäbisch Gmünd bestand ich Ostern 1930 die Reifeprüfung. In der Folgezeit studierte ich an den Universitäten Tübingen sechs, in Königsberg/Pr. und Berlin je ein Semester Rechtswissenschaft. Am 1. Juli 1935 legte ich vor dem Justizprüfungsamt Stuttgart die erste juristische Prüfung ab und wurde am 1. August 1935 zum Gerichtsreferendar ernannt. Zur Zeit bin ich beim Oberamt Schwäbisch Gmünd tätig.

Gerhard Wille